# Irrtum und arglistige Täuschung bei Verkehrsgeschäften.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristen-Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt

von

**Walter Schatz,**

Referendar in Rostock.

ACAD. LUGDUNT BIBL.

Rostock.

Druck von Adlers Erben, G. m. b. H., Rats- und Universitätsbuchdruckerei.

1908.

Referent: Professor Dr. Bernhöft.

Meinem Vater!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41551526_0039

# Inhaltsübersicht.


Seite

§ 1. Einleitung . . . . . 1

**I. Die Anfechtung wegen Irrtums.**

§ 2. 1) Der Inhalt der Willenserklärung . . . . . 2

§ 3. 2) Unterschied zwischen dem Irrtum über den Inhalt der Erklärung und in der Erklärungshandlung . . . . . 4

3) Der Irrtum über verkehrswesentliche Eigenschaften.

§ 4. a) Verhältnis von § 119 Abs. 1 u. Abs. 2 des B. G. B. . . . . 10

§ 5. b) Begriff der Eigenschaft . . . . . 12

Insbesondere:

§ 6. α) Eigenschaftsnatur der Identität . . . . 15

§ 7. β) Eigenschaftsnatur des Wertes . . . . 19

§ 8. c) Eigenschaften von Rechten . . . . . 20

§ 9. d) Begriff der verkehrswesentlichen Eigenschaft . . . . . 22

§ 10. 4) Erheblichkeit des Irrtums. . . . . 28

§ 11. 5) Irrtum des Vertreters . . . . . 33

§ 12. 6) Geltendmachung der Anfechtung . . . . . 34

7) Die Folgen der Anfechtung wegen Irrtums.

§ 13. a) Nichtigkeit der Willenserklärung . . . . 37

§ 14. b) Schadensersatzpflicht . . . . . 46

**II. Die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung.**

1) Begriff der arglistigen Täuschung.

§ 15. a) Begriff der Arglist . . . . . 53

§ 16. b) Arglistiges Verschweigen . . . . . 60

§ 17. 2) Erheblichkeit der Täuschung . . . . . 65

§ 18. 3) Anfechtung wegen Täuschung durch einen Dritten . . . . . 66

§ 19. 4) Anfechtung wegen Täuschung durch den Vertreter des Vertragsgegners . . . . . 68

§ 20. 5) Geltendmachung der Anfechtung . . . . . 74

6) Folgen der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung.

§ 21. a) Nichtigkeit der Willenserklärung . . . . 75

b) Schadensersatzpflicht

§ 22. α) des Täuschenden . . . . . 76

§ 23. β) des Geschäftsherrn des Täuschenden . 80

§ 24. **Schluß. Das Verhältnis zwischen der Anfechtung wegen Irrtums und der wegen arglistiger Täuschung** . . . . . 89

# Literaturverzeichnis.

*A. D. H. G. B.* Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch.

*A. L. R.* Allgemeines Landrecht f. d. preußischen Staaten.

*Bernhöft,* Das Bürgerliche Recht 1904.

*B. G. B.* Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896.

*Brinz,* Lehrbuch der Pandekten, Bd. II. 1879—1882, Bd. IV. 1892.

*Bundesratsvorlage.* Entwurf eines B. G. B. in der Fassung der Bundesratsvorlage.

*Code civil.*

*Corpus iuris civilis.*

*Cosack,* Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I. 1903.

*Crome,* System des Deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. I. 1900.

*Danz, Jahrb. N. F. 10.* Über das Verhältnis des Irrtums zur Auslegung nach dem B. G. B. in Jherings Jahrbüchern, N. F. Bd. 10.

*Denkschrift* zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches 1896.

*Dernburg, Pand.* Lehrbuch der Pandekten, Bd. I. 1902, Bd. II. 1903.

*Dernburg, B. R.* Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reiches u. Preußens, Bd. I. 1902, Bd. II. Teil I. 1905.

*E. I.* Entwurf für ein B. G. B. für das Deutsche Reich. Erste Lesung 1888.

*E. II.* Entwurf für ein B. G. B. für das deutsche Reich. Zweite Lesung nach den Beschlüssen der Redaktionskommission 1895.

*Eck,* Vorträge über das Recht des B. G. B., herausgegeben von Leonhard 1902.

*Endemann,* Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I. 1903.

*Enneccerus-Lehmann,* Das bürgerliche Recht, Bd. I. 1901.

*Gradenwitz,* Anfechtung und Reurecht beim Irrtum. 1902.

*H. G. B.* Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897.

*Hölder,* Kommentar zum Allgemeinen Teil des B. G. B. 1900.

*Hölder, Arch. 80.* Der Allgemeine Teil des Zivilgesetzentwurfes in zweiter Lesung im Arch. f. d. zivil. Praxis, Bd. 80.

*Jhering, Jahrb. 4.* Culpa in contrahendo, in Jherings Jahrb., Bd. 4.

*Kretschmar,* Die Anfechtung der Willenserklärung wegen arglistiger Täuschung. Kieler Diss. v. 1902.

*Kuhlenbeck, Jur. Wochenschr. 96.* Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Beziehung auf die wichtigsten Institute des Zivilrechts, Juristische Wochenschrift von 1896.

*Lenel, Jahrb. N. F. 8.* Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften, in Jherings Jahrbüchern, N. F. Bd. 8.

*Leonhard, A. T.* Der Allgemeine Teil des B. G. B. 1900.

*Leonhard, Irrtum.* Irrtum bei wichtigen Verträgen nach römischem Recht, Bd. II. 1883.

*Matthiass,* Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I. 1900.

*Meisner,* Das B. G. B. für das Deutsche Reich, Bd. I. 1898.

*Meyer,* Zur Lehre vom Irrtum nach heutigem Recht. Leipziger Diss. von 1905.

*Mitteis,* Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht. 1885.

*Mommsen, Beiträge I.* Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf die obligatorischen Verhältnisse, in den Beiträgen zum Obligationenrecht, Bd. I.

*Motive* zum Entwurfe eines B. G. B., Bd. I., II. 1896.

*Muskat, Gruchot 42.* Über Ecks Irrtumslehre, in Gruchots Beiträgen, Bd. 42.

*Neumann,* Handausgabe des B. G. B. für das Deutsche Reich, Bd. I. 1905.

*Planck,* Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Bd. I. 1903, Bd. II. 1907.

*Protokolle* der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des B. G. B. 1897.

*Regelsberger,* Pandekten, Bd. I. 1893.

*Rehbein,* Das B. G. B. mit Erläuterungen, Bd. I. 1899.

*R. G.* Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

*R. G. bei Bolze.* Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen.

*R. G. bei Seuffert.* J. A. Seufferts Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte.

*R. O. H. G.* Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts.

*Roltzsch,* Was ist im Sinne des § 119 Abs. 2 B. G. B. eine Eigenschaft, die im Verkehr als wesentlich angesehen wird, und wie verhält sich die Anfechtung gemäß § 119 Abs. 2 B. G. B. zu der Haftung für Sachmängel beim Kauf? Leipziger Diss. v. 1904.

*Savigny,* System des heutigen römischen Rechts, Bd. III. 1840.

*Schiedges,* Zum Arglistigen Verschweigen des Verkäufers. Bonner Diss. v. 1902.

*Schloßmann, Abh. 9.* Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften der Person oder Sache nach dem B. G. B., in Fischers Abhandlungen, Bd. 9. Heft 3.

*Schlottmann,* Die Anfechtbarkeit nach römischem Recht und dem B. G. B. Rostocker Diss. v. 1901.

*Staudinger,* Kommentar zum B. G. B., Bd. 1. 1907.

*Steger,* Die Anfechtbarkeit nach dem Rechte des B. G. B. Leipziger Diss. v. 1902.

*Steinberg,* Welche Rechtswirkung hat nach dem B. G. B. die Täuschung, durch welche jemand zur Abgabe einer Willenserklärung bestimmt ist? Marburger Diss. v. 1900.

*St. G. B.* Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich.

*Vangerow,* Lehrbuch der Pandekten, Bd. I. 1863.

*Wendt,* Lehrbuch der Pandekten. 1888.

*Wächter,* Pandekten, Bd. I. 1880, Bd. II. 1881.

*Wilm,* Die im Verkehr als wesentlich angesehenen Eigenschaften (B. G. B. § 119 Abs. 2) und das Verhältnis der Anfechtung gemäß § 119 Abs. 2 des B.G.B. zu dem Anspruch auf Wandelung resp. Minderung. Heidelberger Diss. v. 1904.

*Windscheid,* Lehrbuch des Pandektenrechts, bearbeitet von Kipp, Bd. I., II. 1900.

*Zitelmann,* Irrtum und Rechtsgeschäft 1879.

§ 1.

# Einleitung.

Eines der liebsten Kinder der gemeinrechtlichen Theorie war die Lehre vom Irrtum. Das corpus iuris civilis hatte sie wie die meisten Stoffe nur kasuistisch geregelt, und daher blieb für das gemeine Recht ein sehr großes Gebiet für Auslegung, Ausgestaltung und Neubildung von Rechtssätzen infolge der Vielgestaltigkeit der Rechtslagen, in denen der Irrtum von rechtlicher Bedeutung ist, und besonders auch wegen der großen Verschiedenheit der Verhältnisse der Zeiten, zu denen jene Rechtsgedanken formuliert wurden, und der heutigen, eine Verschiedenheit, die sich nicht zum geringsten Teil auf dem Gebiete des Verkehrs zeigt.

Nicht viel anders war es bei der Lehre von der Täuschung; hier waren es vor allem auch einmal die Vieldeutigkeit des Wortes dolus, welche die Lehre unübersichtlich macht, und zum andern die von der Scheu vor Erteilung der infamierenden actio doli hervorgerufene Verschiedenheit der Rechtsmittel gegen die Täuschung, welche die Einheitlichkeit stören mußten.

Beiden Begriffen ist es gemeinsam, daß sie Einwirkungen auf die rechtlich erheblichen Entschließungen

der Rechtsgenossen darstellen, die das Recht, wenigstens vielfach, nicht gelten lassen will. Inwieweit das der Fall ist, und welches die Folgen der Beeinflussungen sind, hat das B. G. B. z. T. unter erheblichen Abweichungen von der gemeinrechtlichen Lehre zusammen mit andern derartigen Beeinflussungen geregelt. Immerhin haben beide Begriffe ein gut Teil Gemeinsames in sich und in ihren Folgen oder wenigstens, wo sie sich widersprechen, Analoges, sodaß es nicht unpassend erscheinen mag, beide nebeneinander zu behandeln.

§ 2.

# I. Die Anfechtung wegen Irrtums.

## 1) Der Inhalt der Willenserklärung.

B. G. B. § 119 Abs. 1 bestimmt, daß man seine Willenserklärung anfechten könne, wenn man sich bei deren Abgabe über ihren Inhalt im Irrtum befand oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte, und wenn anzunehmen ist, daß man bei Kenntnis der Sachlage und verständiger Würdigung des Falles die Erklärung nicht abgegeben haben würde. Nach Abs. 2 soll der Irrtum über eine im Verkehr als wesentlich angesehene Eigenschaft der Person oder Sache als Irrtum über den Inhalt der Erklärung gelten.

Zunächst, was ist der Inhalt einer Willenserklärung? Enneccerus - Lehmann[1]) trennt den wahren Inhalt,

[1]) I., S. 163.

den Sinn, wie er es nennt, von der Gestalt, dem Wortlaut, und will jenen als Inhalt im Sinne des Gesetzes gelten lassen. Wie er das meint, ergibt sich aus seinem Beispiel: Ich will mein Pferd Pluto verkaufen, ich glaube, das Pferd, das vor mir steht, ist Pluto, und ich sage: „Ich verkaufe dieses Pferd.“ Das ist nach ihm ein Irrtum über den Inhalt, weil ich mir bei der Erklärung den Inhalt „Ich verkaufe Pluto,“ also einen andern als den tatsächlichen vorgestellt und meiner Erklärung fälschlich diesen Inhalt beigelegt habe. Ebenso Eck [1]). Auf dem entgegengesetzten Standpunkt steht Hölder [2]), der als Inhalt der Erklärung nur die dem äußeren Verhalten zukommende Bedeutung und die Gegenstände, auf die dieses sich bezieht, anerkennt. Hölder würde also als Inhalt der Erklärung bei obigem Beispiel nur gelten lassen, daß das vor dem Erklärenden stehende Pferd verkauft werden solle, und da der Erklärende über die objektive Bedeutung dieser seiner Worte nicht geirrt hat, keinen Irrtum über den Inhalt der Erklärung annehmen. Ebenso Matthiass [3]) und wohl auch Leonhard [4]), der hervorhebt, daß nicht alles beim Geschäftsabschluß Gesagte zum Geschäftsinhalt werde, also schwerlich dabei nicht Gesagtes darunter wird einbegriffen wissen wollen. Planck [5]) gibt zu, daß diese Auffassung sich sehr wohl vertreten lasse, neigt jedoch aus geschichtlichen Gründen zu der von Enneccerus-Lehmann. Dazu ist zu bemerken, daß diese auch im gemeinen Recht, für das Windscheid [6]) sie ausspricht,

[1]) S. 138. [2]) A. T., S. 25 f. [3]) I., S. 212. [4]) A. T., S. 348. [5]) I., S. 213, Anm. 2a. [6]) I., S. 333.

nicht unwidersprochen war; es war Zitelmann[1]) dagegen. Noch mehr überspannt den Begriff des Erklärungsinhalts Staudinger[2]), der darunter auch die verkehrswesentlichen Eigenschaften begreift. Hierauf wird später zurückzukommen sein.

Ich möchte mich Hölder anschließen. Es erscheint mir undenkbar, daß zum Inhalt einer Erklärung gehören soll, was nicht erklärt ist, sondern was sich der Erklärende nur als gleichbedeutend mit dem Erklärten gedacht hat. Wenn also der Verkäufer erklärt: „Ich verkaufe dieses Pferd", so hält er das für gleichbedeutend mit: „Ich verkaufe Pluto", er glaubt aber nicht, daß dies objektiv der Sinn seiner Worte sei; für ihn subjektiv haben sie allerdings diesen Sinn, als Inhalt einer Erklärung ist aber nur deren objektiver Sinn anzusehen, d. h. das, was auch der Gegner als deren Sinn erkennen kann.

§ 3.

## 2) Unterschied zwischen dem Irrtum über den Inhalt der Erklärung und in der Erklärungshandlung.

Das Gesetz kennt aber, wie wir sehen, zwei Möglichkeiten des Irrtums bezüglich des Inhalts einer Erklärung, und man fragt sich, wodurch sich diese unterscheiden. Es sind dies die Fälle, daß der Erklärende über den Inhalt seiner Erklärung im Irrtum war oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben

[1]) S. 446. [2]) I., S. 382 f., Anm. 4a.

wollte. Ein vielgebrauchtes Schulbeispiel für § 119 Abs. 1 ist: man hat eine Erklärung unterschrieben, weil man darauf vertraute, sie drücke den eigenen Willen richtig aus, obwohl dies nicht der Fall war; ob es aber für den ersten oder den zweiten Fall typisch ist, darüber herrscht kein Einverständnis. Für den ersten Fall nimmt es in Anspruch Matthiass[1]), für den zweiten Enneccerus-Lehmann[2]), Crome[3]), Bernhöft[4]), Endemann[5]). Es unterscheidet Dernburg[6]), ob man die von den eigenen Leuten aufgesetzte Willenserklärung nicht, oder die vom Gegner aufgesetzte falsch las und dieselbe infolgedessen unterschrieb bezw. annahm, weil man die Abweichung derselben vom eigenen inneren Willen nicht erkannte. Es soll also ein Unterschied darin liegen, ob man die eigene Willenserklärung für richtig hielt und darum abgab, oder die fremde und darum annahm. Was bedeutet nun die Annahme eines Vertragsantrages? doch wohl, daß man sich bereit erklärt, das Geschäft unter den vom Gegner formulierten Bedingungen zu schließen, dieselben also zu erfüllen. Hat man diese falsch aufgefaßt, so verspricht man etwas, was man nicht versprechen wollte, ebenso wie wenn man einen Brief unterschreibt, der etwas Anderes enthält, als man wollte. Der Unterschied ist also wohl nicht haltbar. Dernburg verwischt denselben auch sofort wieder, indem er die beiden Fälle für „der Sache nach gleichstehend" erklärt. Dernburg meint damit augenscheinlich

[1]) I., S. 212. [2]) I., S. 164. [3]) I., S. 421. [4]) S. 46. [5]) I., S. 346, Anm. 15. [6]) B. R. I., S. 431 f.

nicht: gleich zu beurteilen, sondern: gleichbedeutend, eine Auffassung, die, wie wir sehen werden, grundsätzlich auch der von ihm a. a. O. genannte Leonhard teilt.

Auch über das Verhältnis der beiden Fälle zueinander ist sich die Literatur nicht einig; hier und da findet man den einen als Unterfall des andern behandelt und zwar den zweiten als Unterfall des ersten bei Matthiass [1]), den ersten als Unterfall des zweiten bei Crome [2]) und Bernhöft [3]) oder wie schon erwähnt beide identifiziert bei Dernburg.

Die Ausführungen von Leonhard [4]), daß im Grunde genommen beide Fälle gleichbedeutend seien, weil eine falsche Meinung nur dann erheblich sei, wenn ihr eine falsche Handlung folge, und eine falsche Handlung stets den vorherigen falschen Gedanken, sie sei richtig, voraussetze, weil also das eine nicht ohne das andere bestehen könne, sind gar zu künstlich und für das praktische Verständnis wenig förderlich.

Im Allgemeinen werden jedoch beide Fälle als selbständig neben einander hingestellt, so von Endemann [5]), Enneccerus-Lehmann [6]), Rehbein [7]), Cosack [8]), Planck [9]), Neumann [10]), Isay [11]), Danz [12]) und Hölder [13]), der jedoch früher [14]) beide Fälle für indentisch erklärt hatte.

---

[1]) a. a. O. [2]) I., S. 421 f. [3]) a. a. O. [4]) Irrtum II., S. 322 ff. u. A. T., S. 469 ff. [5]) I., S. 343 f., 346 f. [6]) I., S. 163 f. [7]) I., S. 132 f. [8]) I., S. 219 f. [9]) I., S. 169 f. Anm. 2a. [10]) I., S. 107 f. [11]) S. 20. [12]) Jahrb. N. F. 10., S. 382 f. [13]) A. T., S. 257, Anm. 24. [14]) Arch. f. ziv. Pr. 80., S. 35 ff.

Es fragt sich, welcher Meinung sollen wir uns anschließen? Ich meine der Anschauung, daß der zweite der weitere, den ersten umfassende sei, wenn auch manches, namentlich die Entstehungsgeschichte des Gesetzes für die gemeine Meinung spricht.

Es empfiehlt sich, um das Für und Wider würdigen zu können, die Entstehungsgeschichte der Bestimmung zu prüfen. E. I. § 98 spricht von dem auf Irrtum beruhenden Mangel an Übereinstimmung zwischen Wille und Erklärung, die Motive [1]) dazu unterscheiden den Irrtum in der Erklärungshandlung und über den Inhalt der Erklärung — das zweite dort angeführte Unterscheidungsmerkmal interessiert hier nicht — und wollen die beiden schon im gemeinen Recht bekannten Fälle gleich behandelt wissen, weshalb von ihrer Unterscheidung Abstand genommen sei. In der Kommission für die zweite Lesung [2]) ging man von derselben Unterscheidung aus und wählte dafür die Fassung: Wer bei der Abgabe einer Willenserklärung über deren Inhalt im Irrtum war oder die Erklärung überhaupt nicht abgeben wollte. Die Redaktionskommission machte daraus: eine Erklärung dieses Inhalts, E. II. § 94, eine Fassung, die schon in der Bundesratskommission beantragt worden war [3]), um den Gedanken, sc. der Verschiedenheit zwischen Irrtum über den Inhalt der Erklärung und in der Erklärungshandlung, schärfer zum Ausdruck zu bringen, die aber abgelehnt, jedoch der Redaktionskommission zur Berücksichtigung empfohlen

[1]) I., S. 196. [2]) s. Protok. I., S. 108. [3]) s. Protok. I., S. 104.

war. Wir finden diese Fassung denn auch in der Bundesratsvorlage und im B. G. B. wieder. Auch die Denkschrift [1]) macht die oben genannte Unterscheidung, indem sie beide Fälle als gleichwertig neben einander hinstellt und so erkennen läßt, daß auch die Redaktionskommission die Trennung beabsichtigt hatte, als sie dem Vorschlag folgte.

Es ist nun zu leugnen, daß ihr das geglückt ist.

Man muß wohl zunächst die Gesetzesbestimmung daraufhin untersuchen, was sie bei wörtlicher Auslegung bedeutet. Wer bei der Abgabe einer Willenserklärung über deren Inhalt im Irrtum war, hat die Erklärung zweifellos abgeben wollen, nur glaubte er etwas anderes zu erklären, als er erklärte; der Sinn dieser Worte ist unverkennbar. Was heißt aber bei strenger grammatikalischer Auslegung: wer eine Erklärung dieses Inhalts nicht abgeben wollte? dem Sprachgebrauch nach muß man das auflösen in: eine Erklärung, die nach Ansicht des Erklärenden diesen, d. h. den tatsächlichen Inhalt hätte. Es ist zunächst festzuhalten, daß der Erklärende etwas nicht gewollt hat; was es war, was er nicht gewollt hat, ist die Abgabe der Erklärung, aber nicht schlechtweg der Erklärung, sondern der Erklärung mit Berücksichtigung ihres tatsächlichen Inhalts. Irgendetwas hat er also erklären wollen, nur nicht gerade das, was er erklärte. Daß er es trotzdem getan hat, kann in zwei Dingen seinen Grund haben. Er kann seiner Erklärung einen falschen Sinn untergelegt haben,

[1]) S. 32.

hinsichtlich des Inhalts seiner Erklärung im Irrtum gewesen sein, er kann aber auch sich lediglich hinsichtlich der Äußerung seines Willens vergriffen haben, indem er z. B.: ja statt: nein sagte, auf den Rappen statt auf den Schimmel hinwies, wobei es ihm, noch während er das Wort sprach, die Gebärde machte, zum Bewußtsein kam, daß er etwas erklärte, was seiner inneren Absicht widersprach; in diesem Falle hat er zwar nicht über den Inhalt seiner Erklärung geirrt, er hat aber eine Erklärung des Inhalts, den seine Mund- oder Armbewegungen seiner Erklärung für ihn wie für andere gaben, innerlich nicht abgeben wollen. Der zweite Fall des § 119 Abs. 1 kann also Fälle treffen, die mit unter den ersten fallen, den Irrtum über den Inhalt, er kann aber auch solche treffen, die im ersten Fall nicht getroffen sind, den Irrtum in der Erklärungshandlung.

Beabsichtigt war das, wie gesagt, keineswegs, vielmehr sollte, wie gezeigt, der zweite Fall nur den Irrtum in der Erklärungshandlung treffen, und die Fassung des E. II. tat das auch. Wer die Erklärung nicht abgeben wollte, hat überhaupt die ganze Handlung nicht gewollt. Daß er sie trotzdem vornahm, kann nicht an seinem Irrtum über ihren Inhalt liegen, denn wenn er sie aus diesem Irrtum vornahm, hat er sie ja gewollt — non noluit sed deceptus voluit — sondern nur an anderen Ursachen, so einem reinen Versehen. Nach E. II. war also die gemeinrechtliche Trennung gut durchgeführt.

Daß die Verfasser des B. G. B. zweifellos, dem

gemeinen Recht folgend, diese Scheidung beabsichtigt hatten und daß der Vorschlag, auf Grund dessen die jetzige Fassung des § 119 Abs. 1 gewählt wurde, diese Trennung hatte unterstützen wollen, kann uns aber nicht dazu veranlassen, so viel systematischer dies auch wäre, die scharfe Trennung in das B. G. B. hinüberzunehmen, besonders da in demselben das den zweiten Fall einleitende „überhaupt", das übrigens, wenn auch ohne rechte Daseinsberechtigung im E. II. steht, den zweiten Fall als den weiteren, den ersten umfassenden darstellt.

Eine Auslegung gegen den Wortsinn des Gesetzes ist um so weniger geboten, als es für die Praxis völlig gleich ist, wie man die Auslegung trifft, weil ja beide Fälle gleich behandelt werden sollen.

§ 4.

## 3) Der Irrtum über verkehrswesentliche Eigenschaften.

### a) Verhältnis von § 119 Abs. 1 und Abs. 2 des B. G. B.

Nach § 119 Abs. 2 ist der Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft der Person oder Sache, hinsichtlich derer die Willenserklärung abgegeben ist, wie ein Irrtum über den Inhalt der Erklärung zu behandeln. Verschiedentlich, so von Leonhard[1]) und Staudinger[2]) wird behauptet, dieser Bestimmung hätte es eigentlich nicht bedurft, da der Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft ein Irrtum über

[1]) A. T., S. 496. [2]) I., S. 382 f., Anm. 4.

den Geschäftsgegenstand und also über den Inhalt der Erklärung sei. Leonhard meint, es sei zu vermuten, daß eine verkehrswesentliche Eigenschaft vom Verkehr in irgend einer Weise in den Inhalt der Erklärung eingefügt sei. Diese Vermutung wird aber leicht, besonders wenn der Erklärende die Eigenschaft als selbstverständlich angesehen hat, nicht zutreffen, vielmehr würde man hier, wenn man sie einfügen wollte, zur Fiktion greifen müssen.

Bei Staudinger liegt m. E. ein Fehler darin, daß er in dem Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft des Geschäftsgegenstandes einen solchen über den Geschäftsinhalt sieht. Er kommt hierzu durch die Erwägung, daß der Irrtum über die Identität der Person oder Sache ein solcher über den Geschäftsinhalt, die Identität aber eine Summe von Eigenschaften, also der Irrtum über eine Eigenschaft ein solcher über den Geschäftsinhalt sei. Gewiß, bei Erklärungen gegenüber unbestimmten Personen, etwa als Antwort unter einem Kennwort, hinter dem man eine bestimmte Person vermutet, oder über nur der Gattung nach bestimmte Sachen trifft das zu. Der Irrende hat sich dann, wenn er über eine verkehrswesentliche Eigenschaft — und eine solche ist, wie wir sehen werden, auch die Identität — der Person, der gegenüber oder der Sache, hinsichtlich derer er eine Erklärung abgab, irrte, unter dieser Person bezw. dieser Sache etwas anderes, als es tatsächlich war, vorgestellt, und glaubte seine Erklärung gegenüber der vorgestellten Person bezw. hinsichtlich der vorgestellten Sache abzugeben; er hat hier

also tatsächlich über das, was er erklärte, geirrt. Hat der Irrende aber seine Erklärung gegenüber einer bestimmten Person bezw. hinsichtlich einer bestimmten Sache abgegeben, weil er sich hinsichtlich derselben falsche Vorstellungen machte, so hat er nur erklärt, was er erklären wollte, und hat dieser Erklärung auch keinen falschen Sinn untergelegt, denn seine Erklärung bezog sich ja gerade auf die bestimmte Person bezw. Sache, auf die sie sich beziehen sollte. Nur der Grund, der ihn zur Abgabe dieser Willenserklärung bestimmte, beruhte auf einem Irrtum, nämlich auf der falschen Vorstellung über den Geschäftsgegner bezw. -gegenstand. § 119 Abs. 2 gibt hiernach also auch dem Irrtum im Beweggrunde eine, wenn auch beschränkte, Rechtserheblichkeit, ist also durchaus nicht überflüssig.

## § 5.

### b) Begriff der Eigenschaft.

Was eine im Verkehr als wesentlich angesehene Eigenschaft der Person oder Sache sei, darüber herrschen sehr verschiedene Meinungen. Zunächst, was ist eine Eigenschaft? Alles was man von einem Dinge aussagen kann, wie Zitelmann [1]) will? Das geht zu weit. Darnach wäre es z. B. die Eigenschaft eines Hauses, daß es ein Haus ist. Die Eigenschaft könnte also das Ding erschöpfen. Im Begriffe des Wortes „Eigenschaft" liegt aber, daß diese dem Dinge zu eigen sei, an ihm hafte, daß sie also einen gewissen Gegensatz zu dem Dinge bilde und daß dieses also auch ohne die Eigenschaft

[1]) S. 442.

denkbar sein muß, wenn es durch das Fortnehmen der Eigenschaft vielleicht auch zu etwas Anderm wird. Der strenge Wortbegriff freilich verlangt, daß das, was die Eigenschaft eines Dinges sein soll, diesem wirklich so zu eigen sei, daß man sie aus dem Dinge selber ergründen könne. Streng genommen ist die Eigenschaft eines Hauses wohl seine Größe, die Güte seiner Bauart, nicht seine Lage, seine Hypothekenfreiheit, der Umstand, daß Goethe darin geboren ist; die Eigenschaft einer Gemme ist eigentlich wohl ihr Material, die Feinheit ihrer Arbeit, nicht ihr Alter; die Eigenschaft eines Menschen ist genau genommen wohl seine Gesundheit, seine geistigen und körperlichen Kräfte, nicht sein Familienstand, seine Vermögensverhältnisse, sein Kredit. Eine derartige Auffassung des Eigenschaftsbegriffes kennt das tägliche Leben nicht, und auf dessen Anschauungen muß zweifellos in erster Linie Rücksicht genommen werden. Daß dieselbe vom Gesetz nicht beabsichtigt worden ist, ist von vornherein wahrscheinlich; schon die Bestimmung, daß nur verkehrswesentliche Eigenschaften berücksichtigt werden sollen, ergibt, daß das Gesetz vor allem dem Verkehr dienen und auf dessen Anschauungen Rücksicht nehmen wollte; es erscheint undenkbar, daß jene ebenerwähnten Beziehungen der Person oder Sache zu andern, die nicht als Eigenschaften im Wortsinne anzusehen sind, unberücksichtigt bleiben sollen, obwohl sie vielfach ebenso viel oder mehr Bedeutung für den Verkehr haben als die eigentlichen Eigenschaften und obwohl sie auch das Leben als Eigenschaften ansieht. Es geht

aber wiederum nicht an, den Begriff der Eigenschaft im Rechtssinne dahin zu definieren, daß man den Begriff der Eigenschaft im täglichen Leben dafür setzt, da dieser selbst in vielen Dingen je nach Person und Gegend schwankt und vor allem selbst noch der Begriffsbestimmung bedarf, wenn man ihn wirklich als einen derartig festen annehmen will, daß man ihn mit Erfolg handhaben könnte.

Die Literatur ist sich im Allgemeinen — s. jedoch Leonhard [1]), der aus unbekannten Gründen als Eigenschaften im Sinne des § 119 nur die guten, d. h. zu einem (beliebigen?) Geschäftszweck tauglichen verstehen will — darüber einig, daß unter Eigenschaften im Rechtssinne „die objektive Beschaffenheit einer Person oder Sache und die Beziehungen, welche sich an sie schließen," zu finden sei, wie Dernburg [2]) dieselben formuliert. Die Wege, auf denen man zu dieser Definition der Eigenschaft kommt, sind verschiedene; ich halte es für das Ratsamste, sie aus dem Gesetz selber zu folgern.

Gegenüber der Anfechtung einer Willenserklärung wegen Irrtums über Eigenschaften, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden, kennt das Gesetz nämlich noch im § 1333 die Anfechtung einer Ehe wegen Irrtums über persönliche Eigenschaften des andern Ehegatten. Es macht hiernach also einen Unterschied zwischen Eigenschaften und persönlichen Eigenschaften, denen man, wenn es sich um Sachen handelt, natürlich sachliche zur Seite stellen muß. Die persönlichen und sachlichen Eigenschaften können aber nichts Anderes

[1]) A. T., S. 492. [2]) Pand. I., S. 237, Anm. 10.

sein, als das, was ich vorhin als Eigenschaften im eigentlichen Wortsinn, nämlich in der Person oder Sache selbst liegende Eigenschaften erläutert habe; die Eigenschaften im § 119 Abs. 2 und sonst im Gesetz müssen also wohl etwas Anderes sein. Es ergibt sich von selbst, daß man sie, wenn als einen andern, nur als einen weiteren Begriff auffassen, demnach auch nicht in der Person oder Sache selbst gelegene Beziehungen zu andern darunter begreifen muß. Unter diesen zu unterscheiden, die einen zu den Eigenschaften zu rechnen, die andern nicht, geht mangels eines Anhaltspunktes nicht an; wir werden also alle Beziehungen der Person oder Sache zu andern mit unter den Begriff der Eigenschaft fassen müssen und kommen so zu obiger Definition von Dernburg.

Daß die persönlichen Eigenschaften des § 1333 in bewußtem Gegensatze zu den Eigenschaften des § 119 stehen sollen und daß diese Fassung nicht etwa durch die Verschiedenheit der Verfasser des B. G. B. zu erklären ist, ergibt sich schon daraus, daß die beiden Paragraphen, wie die in beiden vorkommende Wendung: Kenntnis der Sachlage und verständige Würdigung, hier: des Falles, dort: des Wesens der Ehe ergibt, mit Rücksicht auf einander formuliert sind.

## § 6.

### Insbesondere:

### α) Eigenschaftsnatur der Identität.

Bestritten ist, ob die Identität einer Person oder Sache mit einer anderen eine Eigenschaft derselben sei.

Für denjenigen, der das, was der Erklärende mit seiner Erklärung gemeint hat, als Inhalt der Erklärung auffaßt wie Eck und Enneccerus-Lehmann (s. o. S. 2 f.) kommt diese Frage nicht in Betracht, da die Identität der vom Erklärenden bezeichneten mit der von ihm gemeinten Person oder Sache ja nach ihm zum Inhalt der Erklärung gehört. Die Identität sieht ferner für eine Eigenschaft an Zitelmann[1]) entsprechend seiner Definition der Eigenschaft. Aber auf diesem Standpunkt steht auch Hölder[2]), der die Ansicht Zitelmanns über den Begriff der Eigenschaft nicht teilt; ebenso Endemann[3]), Staudinger[4]) und augenscheinlich auch Matthiass[5]). Verneint wird die Frage von Roltsch[6]), der den Irrtum über die Identität für einen Irrtum in der Vorstellung hält und Schloßmann[7]), der bei Besprechung der Identität entgegen seiner kurz vorher[8]) aufgestellten Theorie als Eigenschaft nur gelten lassen will, was in der Person oder Sache selbst begründet ist, wobei er allerdings mit Recht hervorhebt, daß eine Eigenschaft nicht sein kann, „was einzig und allein in unserer Vorstellung besteht." Dem ist entgegenzuhalten: Weicht eine Person oder Sache von der, die ich mir vorgestellt habe, ab, so muß diese vorgestellte zu mir in irgendwelche Beziehung getreten sein oder ich muß ihre Beziehung zu irgend etwas andern kennen, damit ich mir von ihr eine Vorstellung machen konnte, ich muß sie gesehen, von ihr gelesen oder gehört haben oder ähnliches. Diese Be-

[1]) S. 443. [2]) A. T., S. 261 f. [3]) I., S. 345, Anm. 13. [4]) a. a. O. [5]) a. a. O. [6]) S. 8 ff. [7]) Abhdl. 9., S. 73. [8]) S. 5 ff.

ziehung, die die vorgestellte Person oder Sache zu mir oder sonst jemanden oder etwas hat, ist aber, wie wir gesehen haben, eine Eigenschaft im Rechtssinne. Es kommt dabei natürlich nicht darauf an, ob die vorgestellte Person oder Sache diese Beziehung tatsächlich hat und ob eine Person oder Sache, die diese Beziehung hat, überhaupt vorhanden ist; ich muß sie mir nur als tatsächlich vorgestellt haben. Ob ich der Person oder Sache, der gegenüber bezw. bezüglich derer ich eine Erklärung abgebe, Beziehungen unterlege, die zu einer andern oder zu gar keiner vorhanden sind, kann nichts ausmachen. Wenn ich jemanden für den Sohn meines Freundes halte, der es tatsächlich nicht ist, so lege ich ihm diese familienrechtliche Beziehung zu meinem Freunde, also eine Eigenschaft, bei, wobei es nichts ausmacht, ob mein Freund einen Sohn hat oder nicht. Irre ich mich über die Identität einer konkreten Person oder Sache mit einer vorgestellten, so irre ich mich nur über diese bei der vorgestellten Person oder Sache vorhandenen oder auch tatsächlich nicht vorhandenen Beziehungen, also Eigenschaften, indem ich sie der konkreten Person oder Sache beilege; ich halte nämlich streng genommen die vorliegende Person oder Sache nicht nur für die vorgestellte, sondern für eine solche, die mir vorliegt und die zugleich jene Beziehungen hat, eine Person oder Sache, die es also, wenn ich über die Identität irre, nicht gibt. Es fehlt also der vorliegenden Person oder Sache nur jene Beziehung, um die vorgestellte zu sein, mithin eine Eigenschaft. So ungefähr deduziert Hölder.

Wenn Roltsch meint, man irre bei einem Irrtum über die Identität über die (Person oder) Sache als Ganzem, so beachtet er nicht, daß der Irrende die (Person oder) Sache außer irrtümlich für die gedachte auch mit Recht für die vorliegende hält, und wenn Schloßmann die Eigenschaftsnatur der Identität deswegen nicht gelten lassen will, weil der Irrtum über die Identität nur ein Irrtum in unserer Vorstellung sei, so vergißt er, daß jene früheren Beziehungen zu der Person oder Sache, vermöge derer der Irrende sie sich vorstellen kann, tatsächlich vorhanden gewesen sein müssen oder wenigstens in der Vorstellung des Irrenden als tatsächlich vorhanden gelten und also, wenn sie bezüglich der konkreten Person oder Sache beständen, eine Eigenschaft im Rechtssinne bilden würden.

Gegen diese Anschauung ließe sich einwenden, daß die Identität wenn sie eine Eigenschaft, so doch sicher eine persönliche Eigenschaft ist und daß es also nicht nötig gewesen wäre, in § 1333 gegenüber dem Irrtum bezüglich dieser den in der Person hervorzuheben, doch ist das wohl als eine Rückerinnerung an das gemeine Recht, das den Irrtum in der Person besonders behandelte, und vor allem an das kanonische Recht, das sich mit dieser Frage mit Vorliebe beschäftigte, anzusehen; findet sich doch in § 1332 besonders hervorgehoben auch der gemeinrechtliche error in negotio. Überflüssig war die Hineinnahme des Irrtums über die Person in § 1333 auf jeden Fall, denn wenn die Identität nicht in den persönlichen Eigenschaften enthalten war, so gewährt § 1332 Abhülfe, der eine

Anfechtung gestattet, wenn der Erklärende die Erklärung, die Ehe eingehen zu wollen nicht hatte abgeben wollen. Rechnet man nämlich die Identität der Person mit einer andern nicht zu ihren Eigenschaften, so muß man den Irrtum über dieselbe zum Irrtum über den Inhalt der Erklärung rechnen, ebenso wie man das in § 119 muß [1]), wenn man die Identität nicht für eine Eigenschaft hält, wie das auch Enneccerus-Lehmann (s. o. S. 2 f.) tut. Es würde dann bei einem Irrtum über die Identität des andern Ehegatten ein Irrtum über den Inhalt der Erklärung, die Ehe eingehen zu wollen, liegen, und es würde nach dieser Auffassung die Erklärung die Ehe, nämlich die mit der vorliegenden Person, eingehen zu wollen, nicht gewollt sein.

## § 7.

### β) Eigenschaftsnatur des Wertes.

Ob der Wert einer Sache eine Eigenschaft derselben sei, ist bestritten. So will Dernburg [2]) den Wert eines Hauses nicht als solche anerkennen, während er den Mietsertrag für eine solche hält; ebenso derselbe an anderer Stelle [3]), wo er ganz allgemein dem Wert einer Sache die Eigenschaftsnatur abspricht. Dem ist zu widersprechen. Der Wert einer Sache, z. B. eines Mietshauses, hängt genau wie ein Mietsertrag von

[1]) Denn erheblich ist der Irrtum über die Identität, sei er nun ein solcher über den Inhalt der Willenserklärung oder über eine verkehrswesentliche Eigenschaft, auch nach § 119 doch zweifellos.
[2]) a. a. O. [3]) B. R. I, S. 432, Anm. 3, 433.

seinen sachlichen Eigenschaften, seiner Größe, Bauart und seinen Beziehungen zu andern Umständen, seinen Herstellungskosten, seiner Umgebung, dem Angebot und der Nachfrage, wenn auch in verschiedenem Maße ab; ja, er läßt sich in der Regel aus dem jährlichen Mietsertrage nach Abzug der jährlichen Unterhaltungskosten und Lasten und aus anderen Umständen berechnen, während man umgekehrt aus dem bekannten Werte eines Hauses berechnen kann, wieviel dasselbe Miete tragen muß. Den Mietsertrag nun als Eigenschaft zu bezeichnen, den Wert nicht, ist schon aus diesem Grunde irreführend, vor allem aber kennzeichnet der Umstand, daß man für ein Haus jederzeit so und so viel Mark erhalten kann, diese Beziehung zu unserer Währung, den Wert als Eigenschaft; allerdings nur diesen objektiven Wert; sofern dagegen die Wertschätzung einer Sache durch zufällige persönliche Verhältnisse beeinflußt, sofern der Wert subjektiv wird, kann man ihn nicht mehr als Eigenschaft bezeichnen, weil diese Beziehungen tatsächlich nur in der Einbildung bestehen. Wenn aber jemand als Miete eines Hauses einen Liebhaberpreis zahlt, so wird diesen Umstand auch niemand als eine Eigenschaft des Hauses ansehen. Auch hierbei kommen natürlich nur normale Preise in Betracht.

§ 8.

### c) Eigenschaften von Rechten.

§ 119 spricht nur von Eigenschaften von Personen oder Sachen, so daß es scheint, als ob man wegen

Irrtums über die Eigenschaft eines Rechtes nicht anfechten könne. Crome [1]) lehnt denn auch ausdrücklich die Möglichkeit einer Anfechtung wegen Irrtums über andere als körperliche Gegenstände ab, ich glaube jedoch mit Unrecht. Wie Roltsch [2]) ausführt, war es nicht beabsichtigt, die Anfechtung wegen Eigenschafts-Irrtums auf Personen und Sachen zu beschränken, vielmehr war im E. I. und bei der Beratung von Gegenständen die Rede, worauf die Redaktions-Kommission statt dieses Wortes das Wort Sachen wählte. Er will darum unter Sachen auch Rechte und Handlungen mitverstanden wissen. Ob dies bei der gesetzlichen Auslegung in § 90 zulässig ist, ist mir sehr fraglich, ich möchte jedoch glauben, daß man die von ihm geforderte Ergänzung des Gesetzes trotzdem vornehmen kann und muß.

Kann man m. E. auch unter den Sachen des § 119 die Rechte und Handlungen nicht mitverstehen, so kann man aus der Natur der Sache entnehmen, daß für diese aus der Gleichheit des Grundes das Gleiche gelten muß, wie für Personen und Sachen. Die sonstigen Vorschriften über die Anfechtung von Willenserklärungen machen keinen Unterschied, ob sich diese auf Personen, Sachen, Rechte oder Handlungen beziehen, sondern sind ganz allgemein gehalten. Daß hier die beiden letzten Arten ausgenommen sein sollten, scheint undenkbar. Ein Darlehnsversprechen kann ich anfechten, wenn ich mich über die Kreditwürdigkeit meines Vertragsgegners geirrt habe; soll ich, wenn ich so vorsichtig war, auf Realsicherheit zu

[1]) I., S. 423, Anm. 19. [2]) S. 17.

dringen und mir die Einräumung einer Grundschuld versprechen ließ, diesen Vortrag nicht aus dem Grunde anfechten können, weil der Wert des Grundstückes die Schuld nicht mehr deckt, nur weil das, worüber ich irrte, die Eigenschaft eines Rechtes, nämlich seine Sicherstellung durch den Grundstückswert war?

§ 9.

**d) Begriff der verkehrswesentlichen Eigenschaft.**

Wir gehen zu der Frage über, welche Eigenschaften im Verkehr als wesentlich angesehen werden. Eck [1]), Schloßmann [2]) und Rehbein [3]) stehen auf dem Standpunkt des gemeinen Rechtes, indem sie den Irrtum über verkehrswesentliche Eigenschaften für gleichbedeutend mit dem error in substantia erklären, den Savigny [4]) als Irrtum über eine solche Eigenschaft, deren Fehlen die Sache in der Verkehrsanschauung zu einer andern mache, definiert; auch Lenel [5]) verwendet den Begriff des error in substantia für den der verkehrswesentlichen Eigenschaft, unternimmt es aber, den Savignyschen Begriff, der der II. Kommission und den Redaktoren vorgeschwebt haben soll, nach den Quellenstellen zu berichtigen und das Ergebnis als geltendes Recht in Anspruch zu nehmen. Ähnlich wie Eck aber mit mehr Rücksicht auf den Wortlaut des Gesetzes geht Roltsch [6]) vor, der die Regel aufstellt:

„Im Verkehr als wesentlich wird eine Eigenschaft angesehen, wenn der damit

[1]) S. 138. [2]) Abhdl. 9, S. 12. [3]) I., S. 140. [4]) III., S. 283. [5]) Jahrb. N. F. 8., S. 10 ff. [6]) S. 22.

verbundene Zweck infolge Nichtvorliegens der Eigenschaft nicht oder nur unvollkommen erreicht werden kann und dieser Zweck ein allgemein verbundener ist, entweder mit der den Gegenstand des Rechtsgeschäfts bildenden Sache oder mit der Sache, von der der Irrende glaubt, daß sie den Gegenstand des Rechtsgeschäfts bilde."

Auf dem entgegengesetzten Standpunkt steht Leonhard [1]), der eine Verkehrswesentlichkeit dann annimmt, wenn die Wesentlichkeit für den Geschäftszweck erkennbar hervortritt.

Die beiden extremen Standpunkte werden mit einander verquickt von Hölder [2]), der zweierlei verkehrswesentliche Eigenschaften kennt, solche, die es von Natur sind, wie die von Eck und solche, die es vermöge der Erkennbarkeit der Erwartung ihres Vorhandenseins sind, wie die Leonhards.

Diese Extreme und ihre Verbindungen können nicht richtig sein. Leonhard versteht unter wesentlich — und zwar, wie wir sehen werden, mit Recht — für den Geschäftszweck wesentlich, entnimmt aber dem Worte: Verkehr, daß nur die erkennbar wesentlichen Eigenschaften gelten sollten, weil im Verkehr nur das Erkennbare Geltung habe. So entfernt er die Forderung, daß die Verkehrsanschauung bei Prüfung der Wesentlichkeit berücksichtigt werden sollte, auf eine einfache aber nicht zu billigende Weise, während die entgegengesetzte Theorie daran in der Weise klebt, daß sie diese allein gelten lassen will. Daß auf die

[1]) A. T., S. 493. [2]) A. T., S. 263.

Verkehrsanschauung Rücksicht genommen werden soll, sollte nach dem Wortlaut des Gesetzes billig nicht bestritten werden. So sehr Leonhard sich dagegen wehrt, bei seiner Ausführung kommt man doch dazu, unter verkehrswesentlichen Eigenschaften solche zu verstehen, die dem Erklärenden, also der Partei erkennbar wesentlich sind.

In den meisten Fällen würde hier übrigens wohl auch eine arglistige Täuschung begangen durch Verschweigen vorliegen, denn daß auch der Anfechtungsgegner über denselben Punkt, wie der Anfechtende irrt, dürfte ein seltener Fall sein. Irrte er aber nicht, wußte er also z. B., daß der in Frage stehenden Sache eine bestimmte Eigenschaft fehlte und erkannte er die Wesentlichkeit ihres Vorhandenseins für den Andern, so wird es meistens arglistig sein, wenn er schwieg und das Geschäft abschloß; doch davon später. Unter Umständen wird man aber auch in dem Verschweigen des Mangels einer erkennbar für den Andern wesentlichen Eigenschaft, wenn es nach Lage der Sache angeht, die stillschweigende nach Treu und Glauben Zusicherung der Herstellung dieser Eigenschaft zu sehen haben; daß diese Zusicherung nicht gewollt war, kommt als reservatio mentalis nicht in Betracht.

Eigenschaften die im Verkehr absolut wesentlich sind, wie Roltsch meint, gibt es aber nicht. Es ist unrichtig, wenn er[1]) ausführt, deswegen, weil eine bestimmte Eigenschaft bei Geschäften über einen bestimmten Gegenstand in der Regel als wesentlich

[1]) S. 20 ff.

betrachtet werde, sei sie als verkehrswesentlich anzusehen, z. B. einem Möbelstück, das von der normalen Beschaffenheit — was ist diese Norm? — abweiche, das, sagen wir, nicht vornehm genug ausgeführt sei, um im Salon eines Millionärs zu glänzen, jedoch in der „guten Stube" eines dem Mittelstande angehörigen Mannes noch ein Glanzstück bilden würde, fehle eine verkehrswesentliche Eigenschaft, wenn derartige Möbel in der Regel nur bei sehr reichen Leuten zu finden wären, während das nicht der Fall sei, wenn sie auch in einfacheren Haushaltungen nichts Ungewöhnliches seien. Die Gewundenheit dieses Beispiels zeigt deutlich, wie selten man bei dieser Konstruktion des Begriffes der verkehrswesentlichen Eigenschaft dazu gelangen würde, eine solche als vorliegend bezw. als fehlend anzunehmen und wie unendlich schwierig in allen Fällen die Würdigung dieser Frage wäre, zu wie widersprechenden Ergebnissen die Rechtssprechung gelangen würde! Daß etwas Derartiges gemeint, die Anfechtung wegen Fehlens einer verkehrswesentlichen Eigenschaft also illusorisch gemacht sein soll, kann man dem Gesetz nicht ohne zwingenden Grund unterlegen.

Welche Eigenschaften werden bei Geschäften über einen Gegenstand — oder mit einer Person — bezüglich desselben bezw. derselben auch nur in der Regel als wesentlich betrachtet? Bezüglich der einzelnen Geschäftsart ließen sich wohl solche herausfinden, so Kreditwürdigkeit — aber auch nur die des Käufers — beim Kreditkaufe, das Gesetz spricht aber vom Verkehr im Allgemeinen.

Zum Verkehr gehört aber nicht nur Kauf und Verkauf, sondern auch Miete, Darlehen, Schenkung usw.. Welche Eigenschaften nun die Allgemeinheit von einer Sache verlangt, gleichgültig, ob der Einzelne sie kaufen oder verkaufen, mieten oder vermieten, zum Pfande nehmen, schenken oder als Geschenk annehmen will, dürfte unmöglich sein festzustellen, fast so unmöglich wie es wäre, wollte man feststellen, welche Eigenschaften der Gegenpartei für jeden Einzelnen wesentlich sind, gleichgültig, ob er von ihm kaufen, ihm borgen, ihn in Dienst nehmen oder ihn heiraten will.

Absolut verkehrswesentliche Eigenschaften in diesem Sinne gibt es also nicht. Nicht glücklicher ist aber die Fassung, es wären dies solche Eigenschaften, deren Mangel die Sache nach der Verkehrsanschauung zu einer andern mache. Sie hat unverkennbar für sich daß man annehmen kann, daß es beabsichtigt war, den gemeinrechtlichen Begriff des error in substantia in das B. G.B. hinüberzunehmen. Tatsächlich läßt sich mit dieser Fassung aber auch nicht mehr anfangen als mit der vorigen, welche den strengen Wortsinn des Gesetzes für sich hat. Die Anschauung des Verkehrs ist, worauf auch Roltsch [1]) hinweist, auch in dieser Hinsicht keine einheitliche; derselbe verfolgt unendlich viele Zwecke, d. h. eigentlich verfolgt er, wie gezeigt, gar keine, und nur die Personen, deren Geschäfte den Verkehr ausmachen, verfolgen unendlich viel Zwecke, und je nach dem Zwecke rechnet man

[1]) S. 24.

Sachen zu einer Gattung oder zu verschiedenen. Unter Bordeauxwein wird mancher so ziemlich jeden Wein von roter Farbe rechnen, z. B. wenn er ihn brauchen will, um darin zu baden, mancher jeden mit echtem Bordeaux verschnittenen und mancher nur den im Mündungsgebiete der Garonne gewachsenen und gekelterten, ohne daß man den weniger Strengen daraus einen Vorwurf machen könnte. Bordeauxwein ist doch sicher in jedem Einzelfalle eine Gattung, wenn es auch Über- und Untergattungen (Wein — Château Médoc) gibt, durch den Mangel welcher Eigenschaft hört er aber auf Bordeaux zu sein? Die Frage zu beantworten ist genau so unmöglich wie im vorigen Falle, und für die Definition der verkehrswesentlichen Eigenschaften einer Person, ist auch dieser Begriff der Verkehrswesentlichkeit unverwendbar.

Aber gerade in der Verschiedenheit der Zwecke, welche es unmöglich macht, die Verkehrswesentlichkeit einheitlich festzustellen, liegt der Hinweis für die Definition. Ist es, wie wir sahen, unmöglich eine für den Verkehr an und für sich wesentliche Eigenschaft zu finden, worin soll man dann die Anhaltspunkte finden, nach denen im Einzelfall die Verkehrswesentlichkeit einer Eigenschaft festgestellt werden soll? Man hat nichts als eben dieses Geschäft und muß als verkehrswesentlich darum auffassen: für den Verkehr bezüglich dieses Geschäftes wesentlich oder besser ausgedrückt: nach den Anschauungen des Verkehrs bezüglich des vorliegenden Geschäftes wesentlich. Dies ist die

Definition, die Dernburg [1]), Crome [2]), Staudinger [3]) und Wilm [4]) wählen.

Darüber, daß wesentlich hier soviel wie wichtig, erheblich bedeutet, ist die Literatur im Allgemeinen einig.

§ 10.

## 4) Erheblichkeit des Irrtums.

Der Irrtum über den Inhalt der Erklärung, dem der Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft gleichgestellt ist, sowie der Irrtum in der Erklärungshandlung soll aber nur dann zur Anfechtung genügen, wenn der Irrende seine Erklärung bei Kenntnis der Sachlage und verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben hätte. Wie die letzte Wendung aufzufassen sei, darüber gibt es verschiedene Auffassungen.

Auf der einen Seite steht die Ansicht, die Erklärung sei nur dann anfechtbar, wenn der Erklärende durch den Irrtum derart bestimmt war, daß er sie ohne den Irrtum nicht abgegeben hätte, und auch dann nicht immer, sondern nur, wenn er sie auch als vernünftiger Mann damals nicht abgegeben haben würde, so Eck [5]), Enneccerus-Lehmann [6]), Endemann [7]), Planck [8]), Matthiass [9]), Gradenwitz [10]) und Meyer [11]). Andererseits wird von Dernburg [12]), Cosack [13]), Crome [14]), Hölder [15]), Staudinger [16]) und Muskat [17]) die

[1]) B. R. I., S. 432. [2]) I., S. 423, Anm. 2. [3]) I., S. 384, Anm. 4c. [4]) S. 5. [5]) S. 140 ff. [6]) I., S. 164 f. [7]) I., S. 347 f. u. S. 347 f., Anm. 19. [8]) I., S. 214. [9]) I., S. 213 f. [10]) S. 48. [11]) S. 54. [12]) B. R. I., S. 435. [13]) I., S. 220. [14]) I., S. 425. [15]) A. T., S. 260. [16]) I., S. 386. [17]) Gruchot 42., S. 771 ff.

Meinung vertreten, es käme nur auf die Untersuchung der Frage an, ob der Irrende die Erklärung damals verständigerweise abgegeben haben würde, ganz gleich, ob er sie tatsächlich, weil er vielleicht unverständig war, abgegeben hätte oder nicht.

Die letzte Anschauungsweise hat zweifellos den Wortlaut des Gesetzes für sich, die erstere aber, möchte ich annehmen, den Geist des Gesetzes und seine Entstehungsgeschichte. Schon das gemeine Recht unterschied den error causam dans und den error coincidens, d. h. solchen Irrtum, der durch sein Vorhandensein das Zustandekommen des Geschäftes erst ermöglichte, und solchen, der nur so mitunterlief, ohne dessen Vorliegen dasselbe trotzdem zustande gekommen wäre. Nur der erstere wurde berücksichtigt. So ausdrücklich Regelsberger [1]) und Brinz [2]); letzterer spricht diesen Grundsatz allerdings nur bezüglich des error in substantia aus, doch erklärt sich dies daraus, daß nach gemeinem Recht bei dem error in persona keine Willensübereinstimmung zwischen den Parteien angenommen wurde, so daß ein Geschäft überhaupt nicht zustande kam; es vernotwendigte sich deswegen bei entschuldbarem Irrtum garnicht, zu prüfen, ob derselbe ursächlich für die Willenserklärung gewesen war, während bei unentschuldbarem Irrtum die Frage wegen Gültigkeit des Geschäfts, zu der man allerdings wohl nur auf Grund einer Fiktion kommen konnte, nicht in Betracht kam.

[1]) I., S. 522. [2]) IV., S. 50 ff.

Nach E. I. § 98 sollte die Erklärung nichtig sein, „wenn anzunehmen ist, daß der Erklärende dieselbe bei Kenntnis der Sachlage nicht abgegeben hätte," weil, wie die Motive [1]) hervorheben, jeder Bestandteil der Willenserklärung wesentlich ist, „welcher mit derselben dergestalt in ursächlichem Zusammenhang steht, daß sich annehmen läßt, bei mangelndem Irrtum, wäre die Willenserklärung nicht abgegeben worden." Schärfer läßt sich das Erfordernis der Ursächlichkeit des Irrtums, wenn wegen desselben angefochten werden soll, nicht ausdrücken. Hiermit war die Anfechtbarkeit aber ausschließlich auf die Launen des Irrenden abgestellt; dies erschien, als man den gemeinrechtlichen Standpunkt des E. I. verließ, nicht angängig. Über die Beweggründe zu der Änderung besagen die Protokolle [2]):

> „Das Recht dürfe nicht bloßen subjektiven Launen des Irrenden, deren Geltendmachung zum Schaden des andern nicht selten unsittlich sei, seinen Schutz gewähren, sondern nur dem verständigen Interesse des Irrenden."

Hiernach sollte also die Berechtigung zur Anfechtung auf den verständigerweise kausalen Irrtum eingeschränkt, nicht auf den nichtkausalen eines Unverständigen ausgedehnt werden. Man wende nicht ein, die Fassung des E. I. könne zur Auslegung nicht gebraucht werden, weil der in diesem genommene gemeinrechtliche Standpunkt später völlig verlassen sei. Mögen auch die Konstruktion des Irrtumsbegriffes und die Folgen des

[1]) I., S. 198. [2]) I., S. 110.

Irrtums abgeändert sein, es spricht bei der Entstehungsgeschichte des § 119 nichts dafür, daß bei der neuen Fassung von dem Erfordernis der Ursächlichkeit abgesehen werden sollte.

Die Anfechtung wegen Irrtums kann doch verständigerweise nur deshalb gegeben sein, weil der Erklärende, nachdem der Irrtum, der seinen Blick trübte, gehoben ist, noch einmal in die Lage versetzt sein soll, sich unbeeinflußt von diesem zu entscheiden. Steht es nun fest, daß er auch ohne den Irrtum so entschieden hätte, wie er es tat, so fällt der Grund, ihm die Entscheidungsmöglichkeit zurückzugeben, ja hinweg; es trotzdem zu tun, wäre widersinnig.

Aus diesen Gründen möchte ich die letzten Worte des § 119 Abs. 2 einschränkend dahin auslegen: „wenn anzunehmen ist, daß er bei Kenntnis der Sachlage die Erklärung nicht abgegeben hätte, und wenn er dies auch bei verständiger Würdigung des Falles nicht hätte tun dürfen."

Die Wege, auf denen die angezogenen Schriftsteller zu diesen Ergebnissen gelangen, sind verschiedene. Eck[1]), dem sich Meyer anschließt, wollen es hauptsächlich aus dem Wortlaut des Gesetzes herauslesen und finden in dem doppelten „bei" einen Anhalt dafür, daß es zur Anfechtung einer doppelten Voraussetzung bedürfe, nämlich, daß der Irrende nicht nur bei Kenntnis der Sachlage, sondern auch bei Hinzukommen

[1]) Für diesen wie für die folgenden Zitate s. die angeführten Orte.

der verständigen Würdigung die Erklärung nicht abgegeben haben würde. Auf das doppelte „bei“ legt auch Enneccerus-Lehmann Wert, ohne natürlich zu versäumen, auf die Sachgemäßheit einer solchen Entscheidung hinzuweisen, wie dies auch die andern beiden Genannten tun.

Für eine derartige grammatikalische Erklärung gibt die Wendung aber keinen Anhalt. Die „Kenntnis der Sachlage“ und die „verständige Würdigung des Falles“ stehen gleichgeordnet da, und man kann die ganze Wendung nicht als aus zwei Bedingungssätzen zusammengezogen denken, von denen der erstere nur die Kenntnis, der zweite die Kenntnis und die verständige Würdigung enthielt. Auf die Kenntnis im zweiten Bedingungssatze zu verzichten, wäre Unsinn, denn es soll ja gerade der irrtumsfreie Wille erforscht werden.

Das von mir befürwortete Ergebnis ist vielmehr neben der Sachgemäßheit ausschließlich, wie Plank und augenscheinlich auch Gradenwitz wollen, aus der Entstehungsgeschichte des Paragraphen entgegen seinem Wortlaute zu schließen. Daß man mit der Erklärung des Wortlautes nicht auskommt, wird ausgeführt von Muskat, der nicht einzusehen vermag, wie Endemann, der mit ihm die grammatikalische Trennung verwirft und auf Grund des Wortlauts nur eine und zwar eine objektiv-subjektive Beurteilung verlangt, auf Ecks Grundstandpunkt, d. h. daß nur der kausale Irrtum zur Anfechtung berechtigt, zu stehen vermag. Ich möchte glauben, daß Endemann das Erfordernis der Ursächlichkeit des Irrtums, das er

im Gesetz nicht findet, aus der Natur der Sache und aus dem Widersinn, der in Gewährung einer Anfechtung auf Grund eines nicht kausalen Irrtums liegt, entnimmt.

Es ist hiernach stets unter Rücksichtnahme auf die Verhältnisse und Lage des Irrenden zu untersuchen ob dieser die Erklärung nicht etwa auch bei Kenntnis der Sachlage unter Berücksichtigung seiner Art zu denken und zu handeln abgegeben hätte, und ferner, ob er sie ohne Rücksicht auf seine Launen als verständiger Mann hätte abgeben dürfen. Daß die Verhältnisse und Lage des Irrenden berücksichtigt werden sollen, ergibt sich daraus, daß gerade wie er sich entschieden haben würde, maßgebend sein soll; darüber ist die Literatur auch einig.

§ 11.

## 5) Irrtum des Vertreters.

§ 119 spricht stets von Jemandem, der eine für ihn erhebliche Willenserklärung im Irrtum selber abgegeben hat. Ganz genau dieselben Folgen treten nach § 166 Abs. 1 ein, wenn sein Vertreter die Erklärung abgegeben und dabei geirrt hat, denn diese Bestimmung legt den Willensmängeln, also auch dem Irrtum des Vertreters, rechtliche Erheblichkeit bei. Es folgt dies zwar schon aus dem in § 164 aufgestellten Grundsatz der unmittelbaren Stellvertretung; da das hier aber ohne tatsächliche Bedeutung ist, sei diese Betrachtung auf die Behandlung der Stellvertretung bei der Täuschung verschoben, wo ihr eine tatsächliche Bedeutung zukommt.

Daß die verständige Würdigung des Falles bei Kenntnis der Sachlage aus der Person des Anfechtenden, also, wie wir sehen werden, des Geschäftsherrn zu erfolgen hat, ergibt der Wortlaut des § 119 Abs. 1 und die Natur der Sache unzweideutig.

§ 12.

## 6) Geltendmachung der Anfechtung.

Die Anfechtung wegen Irrtums erfolgt nach § 143 durch einfache Erklärung und zwar gegenüber demjenigen, dem gegenüber die irrtümliche Willenserklärung abgegeben war, bei nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen gegenüber jedem, der aus derselben einen rechtlichen Vorteil zog. Sie hat nach § 121 unverzüglich nach Kenntnis des Anfechtungsgrundes zu erfolgen, doch soll bei der Anfechtung gegenüber einem Abwesenden die unverzügliche Absendung der Anfechtungserklärung genügen. Dreißig Jahre nach Abgabe der Willenserklärung soll die Anfechtung nicht mehr zulässig sein. Die Anfechtungserklärung muß den Willen des Anfechtenden, die irrtümlich abgegebene Willenserklärung nicht gelten zu lassen, zum Ausdruck bringen, und zwar wird man ein gewisses Maß von Bestimmtheit verlangen müssen; in der Bitte, wegen des Irrtums auf der Erfüllung des Vertrages nicht zu bestehen, wird man m. E. in der Regel noch keine Anfechtung zu sehen haben, weil die Folgen beider durchaus verschieden sind, dort möglicherweise Aufhebung des Geschäftes ohne weitere Folgen, hier Aufhebung unter der Verpflichtung Schadens-

ersatz zu leisten. Auf der andern Seite wird man unter Umständen schon die Mitteilung von dem Irrtum nach Treu und Glauben als Anfechtung auszulegen haben. Hierüber lassen sich allgemeine Vorschriften nicht aufstellen.

Eine unverzügliche Anfechtung wird im Allgemeinen als vorliegend angesehen werden, wenn sie innerhalb derjenigen Zeit abgegeben ist, welche die im Verkehr erforderliche Sorgfalt gebietet, also unter Umständen beschleunigt, unter Umständen, z. B. wenn die Sache nicht eilt und Rücksprache mit andern oder Aufstellung von Berechnungen erforderlich ist, vielleicht erst nach einiger Zeit. Insbesondere wird man in der Regel mit Dernburg [1]) kein schuldhaftes Zögern darin sehen, daß der Anfechtungsberechtigte gegenüber dem Anfechtungsgegner vor Vornahme der Anfechtung Versuche macht, sich mit ihm über den Inhalt des Geschäftes nachträglich zu einigen. Auch Eck [2]) wird man rechtgeben müssen, wenn er sagt, daß schuldhafte Verzögerung der Anfechtung und deshalb Verlust des Anfechtungsrechtes in der Regel nicht eintreten werden, wenn der Irrende mit gutem Grunde annahm, daß der Gegner den Irrtum erkannt hätte. Zu weit würde es jedoch gehen, zu behaupten, wenn der Gegner den Irrtum tatsächlich erkannt hätte, wäre ein Verlust des Anfechtungsrechtes ausgeschlossen, wenigstens könnte der Anfechtende gegenüber dem Einwande, die Anfechtung sei verspätet, eine replicatio

[1]) B.R. I., S. 435. [2]) S. 145 f.

doli vorbringen, weil die Berufung auf die Verspätung der Anfechtung, wenn man den Irrtum erkannt habe, gegen Treu und Glauben verstieße. In ganz krassen Fällen wird das zutreffen; vielfach wird aber der Anfechtungsgegner, wenn er den Irrtum erkennt, garnicht wissen können, ob der Irrende seine Erklärung anfechten will, besonders wenn der Irrtum nicht leicht zu erkennen, vielleicht nur durch Zufall erkannt war, und der Irrende nicht wissen konnte, ob der andere den Irrtum erkennen würde und ob er selbst nicht, wenn er anfechte, Schadensersatz würde leisten müssen. Hier würde es vielmehr durchaus den Grundsätzen von Treu und Glauben widersprechen, wenn der Irrende sich darauf berufen wollte, der Anfechtungsgegner hätte die Anfechtbarkeit gekannt, denn wenn der Anfechtungsgegner sich nicht selber sagen konnte, ob der Irrende anfechten würde, war es durchaus natürlich, daß er zunächst mit dem Geschäft als mit einem bestehenden rechnete; so auch Planck[1]), der die obenerwähnte Anschauung als die von Eck bekämpft. Eck will aber m. E. eine exceptio — besser wohl replicatio — doli nur dann gewähren, wenn der Anfechtungsgegner den Irrtum kannte und obendrein der Irrende wußte, daß er ihn kennen würde. In diesem Falle wird der Irrtum allerdings stets ein so augenfälliger sein, daß der Anfechtungsgegner nie zu der Anschauung gelangen konnte, der Irrende würde das Geschäft in Gültigkeit lassen, und wenn er dann trotzdem die Verspätung der Anfechtung einwendet,

[1]) I., S. 217.

wird das allerdings gegen Treu und Glauben verstoßen.

Doch kann in allen diesen Fällen die Entscheidung, ob das Zögern des Anfechtenden schuldhaft war, nicht allgemein getroffen werden, vielmehr wird man dieselbe in jedem Einzelfall besonders fällen müssen.

§ 13.

## 7) Die Folgen der Anfechtung.

### a) Nichtigkeit der Willenserklärung.

Das B. G. B. unterscheidet nicht zwischen entschuldbarem und unentschuldbarem Irrtum wie das gemeine Recht, dafür sind die Folgen aber auch andere und billigere.

Nach gemeinem Recht war eine Erklärung wegen entschuldbaren Irrtums in einzelnen Fällen nichtig, und was auf Grund derselben erlangt war, mußte als ungerechtfertigte Bereicherung herausgegeben werden. Das führte natürlich zu den größten Unbilligkeiten gegenüber dem Vertragsgegner des Irrenden, wie viele Schulbeispiele des gemeinen Rechtes ergeben. Nach dem B. G. B. kann wegen unentschuldbaren wie entschuldbaren Irrtums angefochten werden; die Erklärung ist dann nach § 142 auch nichtig, jedoch ist nach § 122 der Anfechtende dem Anfechtungsgegner zum Schadensersatz verpflichtet.

Die Folgen der Anfechtung sind also zunächst, daß die Willenserklärung und mit ihr in der Regel

das ganze Geschäft, wenn sie den Teil eines solchen bildet, zu nichts wird. Bei einseitigen Willenserklärungen aber auch bei Verträgen, auf Grund derer noch keine wirtschaftlichen Veränderungen vorgenommen sind, ist das sehr einfach, es gilt z. B. die angefochtene Kündigung als nicht erfolgt, der angefochtene obligatorische Kaufvertrag als nicht abgeschlossen. Betraf der Irrtum die zu einem dinglichen Erfüllungsgeschäft gehörige Willenserklärung, so ist dieses natürlich auch nichtig, es fällt zum Beispiel das anfechtbar übertragene Eigentum oder die anfechtbar übertragene Forderung durch die erfolgte Anfechtung von selbst zurück. Es fragt sich nur noch, wie zu entscheiden ist, wenn auf Grund einer anfechtbaren Willenserklärung ein Erfüllungsgeschäft vorgenommen und dann die Anfechtung erfolgt ist.

Die gemeine Meinung hält im Einklang mit den Motiven [1]) in diesem Falle wie in allen andern Fällen der Nichtigkeit auch das Erfüllungsgeschäft für nichtig. Ausdrücklich sagt das zwar nur Dernburg [2]), doch ist dies auch mit Sicherheit von Enneccerus-Lehmann [3]), Endemann [4]), Eck [5]), Schlottmann [6]) Steinberg [7]) und Steger [8]) so gemeint.

Einzig bei Crome [9]) fand ich die Ansicht, daß die Anfechtung des obligatorischen Geschäftes das Erfüllungsgeschäft nicht nichtig mache. Dieses ist auch meine Auffassung.

---

[1]) I., S. 219. [2]) B. R. I., S. 351. [3]) I., S. 270. [4]) I., S. 367, [5]) S. 125. [6]) S. 69 f. [7]) S. 37. [8]) S. 64 f. [9]) I., S. 346.

Die von der gemeinen Meinung vertretene Ansicht stützt sich z. T. ausdrücklich auf die Motive. Im Gesetz ist dafür auch kein Anhalt zu finden. Eine Definition des Wortes „nichtig“ gibt das B. G. B. nicht, doch steht der Begriff fest. Ein nichtiges Rechtsgeschäft — von dem unglücklichen Begriff der relativ nichtigen kann hier abgesehen werden — ist ein solches, das keine rechtlichen Wirkungen hat; es ist anzusehen, wie wenn es nicht geschlossen wäre. Zu diesen rechtlichen Wirkungen gehört aber m. E. nicht der Umstand, daß zwecks Erfüllung des nichtigen Geschäftes etwas geleistet und angenommen, also ein Erfüllungsgeschäft geschlossen ist; das ist vielmehr eine tatsächliche Wirkung. Andere tatsächliche Wirkungen vermag der Machtspruch des Gesetzes nicht ungeschehen zu machen, sollte es nun hier zulässig sein, weil es vermöge einer Fiktion an sich nicht undenkbar ist? In dem gemeinrechtlichen Begriff der Nichtigkeit lag eine so weitgehende Wirkung nicht; doch das besagt nicht viel, denn es sollte ja gerade die unsichere und unbillige gemeinrechtliche Regelung durch eine bessere ersetzt werden. Daß aber hier durch eine derartige Erweiterung des Nichtigkeitsbegriffes eine Verbesserung geschaffen wäre, vermag ich nicht einzusehen. Daß ein Geschäft wird, wie wenn es nicht geschlossen wäre, ist sehr wohl denkbar; daß dieses untergegangene, von rückwärts betrachtet nie zum Bestehen gelangte Geschäft aber ein später geschlossenes mit zerstören soll, wäre ein logischer Fehler, aber aus praktischen Gründen erklärlich. Als solche kämen

aber wohl nur Billigkeitsgründe in Frage; solche sprechen jedoch, wie wir sehen werden, weder für noch wider die eine oder die andere Auffassung.

Betrachten wir zunächst von dem Standpunkt, daß durch Anfechtung des obligatorischen nicht auch ohne Weiteres das Erfüllungsgeschäft nichtig wird, den Fall, daß ein anfechtbares obligatorisches Geschäft geschlossen und dann erfüllt und die Erfüllung angenommen, genauer ein Erfüllungsgeschäft vorgenommen, und dann die Anfechtung erfolgt ist.

Es kann dies nur dann vorkommen, wenn der Anfechtungsberechtigte bei Annahme des zwecks Erfüllung geleisteten Gegenstandes nicht erkennen konnte oder wenigstens nicht erkannt hat, daß beim Abschluß des obligatorischen Geschäftes ihm ein Irrtum begegnet war; erkannte er dies nämlich und nahm er trotzdem den Gegenstand als Erfüllung an, so liegt hierin eine Bestätigung des anfechtbaren obligatorischen Geschäftes, die ihm nach § 144 Abs. 1 die Rechte aus seinem Irrtum nimmt, nahm er ihn aber nicht an, so kam kein Erfüllungsgeschäft zustande, das der Rückgängigmachung bedürfte. Erkannte der Anfechtende aber bei Abschluß des Erfüllungsgeschäftes seinen bei Abschluß des obligatorischen untergelaufenen Irrtum nicht, so befand er sich bei dem Abschluß jenes noch in demselben Irrtum, z. B. wenn er etwas bestellt hatte, was er nicht bestellen wollte, oder über dessen Eigenschaften er wesentlich irrte, so nimmt er jetzt etwas an, was er nicht annehmen will oder über dessen Eigenschaften er

wesentlich irrt. In Fällen dieser Art wird er also, wenn er den Irrtum demnächst erkennt, auch das Erfüllungsgeschäft anfechten können. Bezog sich der Irrtum bei dem ursprünglichen Geschäft jedoch auf Punkte, die nicht zum Inhalt des Erfüllungsgeschäftes gehören, etwa auch den Kaufpreis der gelieferten Sache, so steht zwar fest, daß ohne den Irrtum im ursprünglichen Geschäft das Erfüllungsgeschäft nicht zustande gekommen wäre; dieser Irrtum ist jedoch bezüglich des Erfüllungsgeschäftes ein solcher im Beweggrunde, der nicht zur Anfechtung berechtigt. Jedoch auch dann, wenn der Irrtum beim ursprünglichen Geschäft sich auf den Gegenstand des Erfüllungsgeschäftes bezog, ist möglicherweise das letztere nicht anfechtbar. Es erscheint nämlich nicht unmöglich, daß jemand, dem beim Abschluß des obligatorischen Geschäftes ein zur Anfechtung berechtigender Irrtum untergelaufen ist, bei Prüfung des geleisteten Gegenstandes zu dem Glauben kommt, weil ihm dieser geschickt sei, müsse er ihn bestellt und also auch bestellen gewollt haben. Erfährt er dann später den wahren Sachverhalt, so kann auch er das Erfüllungsgeschäft nicht mehr anfechten, weil dieser Irrtum ein solcher über den bloßen Beweggrund der Annahme, nämlich den Inhalt des obligatorischen Vertrages ist. In all den Fällen, in denen das Erfüllungsgeschäft nicht anfechtbar ist, bleiben mithin die eingetretenen dinglichen Wirkungen bestehen und können nur durch die Klage auf Herausgabe wegen ungerechtfertigter Bereicherung bezw. auf den noch zu behandelnden Schadensersatz beseitigt werden.

Sind jedoch, wie beim Kauf des täglichen Lebens regelmäßig, obligatorisches und Erfüllungsgeschäft nicht zu trennen, so fällt natürlich dieses mit jenem dahin, während, wenn beide zu trennen sind, wie beim Lieferungsgeschäft, wie wir gesehen haben, jenes durch seine Anfechtung fällt, dieser aber einer besonderen Anfechtung bedarf und vielfach nur durch andere Rechtsbehelfe rückgängig gemacht werden kann.

Es ist dies schon ein nicht unerhebliber Unterschied, derselbe wird jedoch dadurch noch erheblich vergrößert, daß, auch dann, wenn das Erfüllungsgeschäft anfechtbar ist, eine Anfechtung doch kaum je erfolgt. Der Anfechtende wird sich in der Regel mehr oder weniger bestimmt dahin ausdrücken, daß er das Geschäft nicht gelten lassen wolle; er wird dabei aber garnicht daran denken, daß er hierdurch etwa das Eigentum an der ihm geleisteten Sache aufgeben solle, besonders dann nicht, wenn er den Gegenwert geleistet hat, weil er an diesem, der von ihm geleisteten Zahlung, sein Eigentum schwerlich unmittelbar wird wieder erlangen können. In diesen Fällen würde eine Interpretierung seiner Anfechtungserklärung als Anfechtung des Erfüllungsgeschäftes seinen Interessen und damit seinem mutmaßlichen Willen geradezu ins Gesicht schlagen, wäre also im Zweifel unrichtig; es wäre eine solche Auslegung auch höchst unbillig gegen ihn. Soll man aber etwa in dem andern Fall, daß er den Gegenwert noch nicht geleistet hat und demnach kein berechtigtes Interesse an der Erhaltung seines Eigentumsrechtes an der geleisteten Sache besitzt,

aus einer Anfechtungserklärung, die der im vorigen Falle völlig gleich ist, jetzt auch eine Anfechtung des Erfüllungsgeschäftes herausinterpretieren, obwohl der Anfechtende auch hier nicht im Entferntesten daran gedacht hat sein Eigentum aufzugeben? Gewiß sind die Interessen des Erklärenden wichtige Anhaltspunkte zur Auslegung seiner Erklärung, indem sie dessen vermutlichen Willen erkennen lassen; aus ihnen aber etwas in die Erklärung hineinzuinterpretieren, woran der Erklärende nicht im mindesten gedacht hat, halte ich, besonders wenn die Erklärung einer Ergänzung nicht bedurfte, um vollständig, vernünftig und rechtlich erheblich zu sein, für durchaus unangängig.

Es würde dies zwar leicht zu Unbilligkeiten gegen den Anfechtungsgegner führen, der seine Sache fortgegeben und noch nicht bezahlt erhalten hat und der nach erfolgter Anfechtung das Eigentum an seiner Sache nicht zurückerhält, und man könnte einwenden, daß das Gesetz auf diesen im übrigen mehr Rücksicht nähme, doch ist dem entgegenzuhalten, daß sich seine Lage gegenüber derjenigen, in der er nur einen obligatorischen Anspruch auf den Kaufpreis hatte, das Gleichbleiben der Vermögensverhältnisse des Andern vorausgesetzt, nicht unsicherer ist, daß in den allerdings selteneren Fällen, daß der Verkäufer anficht, die Rollen zwischen Anfechtendem und Anfechtungsgegner gegenüber dem vorigen Fall vertauscht sind und vor allem, daß bei der Anfechtung wegen Drohung und Täuschung, auf die, wie wir sehen werden, dieselben Regeln hinsichtlich der Anfechtung Anwendung finden, gerade

auf jenen mehr Rücksicht genommen wird als auf diesen. Tatsächlich werden sich Billigkeit und Unbilligkeit ungefähr die Wage halten, so daß man aus ihnen keinen Anhalt dafür hat, wie man eine solche unbestimmte Anfechtung auslegen soll.

Daß eine obligatorische Verpflichtung zur Rückgabe der Sache, und im gegebenen Falle Rückzahlung des Preises und zur Leistung von Schadensersatz von einer Partei an die andere besteht, ist eine andere Sache; hier handelt es sich darum, wem nach erfolgter Anfechtung das Eigentum an der Sache zusteht, und daß das im Falle der Überschuldung des einen oder andern Teils von großer Bedeutung sein kann, bedarf nur des Hinweises.

Es war bislang nur von Kaufgeschäften die Rede; bei Werk- und Dienstverträgen, bei Miete und Leihe, überhaupt in den meisten sonstigen Fällen ist die Frage unpraktisch, weil hier nichts aus dem Eigentum des Einen in das des Anderen übergegangen ist, das zurückfallen bezw. zurückgegeben werden könnte; beim Darlehen wird der Rückfall fast ausnahmslos wegen Vermischung unmöglich sein, und gerade hier möchte man ebenso geneigt sein, einem Rückfall stattzugeben wie bei der Schenkung, bei der eine solche Regelung allerdings wohl in allen Fällen der Billigkeit entspräche. Irgendwie erhebliche tatsächliche Bedeutung wird also die Frage nur auf dem Gebiete des Kaufes haben.

In Letzterem ist die Frage behandelt, ob man aus der Billigkeit bezw. der Unbilligkeit, die darin läge, wenn man in die Anfechtung des obligatorischen die

Anfechtung des möglicherweise anfechtbaren Erfüllungsgeschäftes legen wollte, einen Hinweis, ob diese Hineininterpretierung geraten sei, finden könne, und dieselbe ist verneint worden. Zu ganz demselben Ergebnis — und das ist wichtiger als das Vorige — kommt man bei Untersuchung der Frage, ob nicht Billigkeitsrücksichten dafür sprächen, den Begriff der Nichtigkeit so weit zu fassen, daß durch die Anfechtung des obligatorischen auch das Erfüllungsgeschäft nichtig würde. Wenn der Irrende, bezw. Bedrohte oder Getäuschte schon gezahlt, oder, wenn es der Verkäufer war, Bezahlung erhalten hat, wird es unbillig, wenn noch nicht gezahlt ist, wird es billig sein, daß das Eigentum an der Sache durch die Anfechtung zurückfällt, sodaß, wie oben behauptet wurde, von dem Gesichtspunkt der Billigkeit aus kein Anhalt für die unsystematische Ausdehnung des Begriffes der Nichtigkeit gefunden werden kann.

Es wäre also ein praktisch vielfach bedeutsamer Unterschied zwischen dem gewöhnlichen Kauf und dem Lieferungsgeschäft darin zu sehen, daß jener durch eine wirksame Anfechtung in allen seinen Wirkungen, soweit möglich, hinfällig wird, dieses aber in seinen wirtschaftlichen Folgen tatsächlich durch besondere Rückübertragungen beseitigt werden wird und meist nur auf diese Weise wird beseitigt werden können, da der Anfechtende die Anfechtbarkeit des Erfüllungsgeschäftes nicht kennen und deshalb die Anfechtung versäumen, und wenn er sie kennt, meistens nicht benutzen wird, weil er kein Interesse daran haben wird, während

seinem Gegner, der wohl ein Interesse daran hätte, kein Anfechtungsrecht zusteht.

Es verdient jedoch vielleicht noch hervorgehoben zu werden, daß auch im Falle des Barkaufs, der aus irgend einem Grunde angefochten (oder auch sonst nichtig) ist, der Verkäufer die Sache nicht, ohne daß er den Preis event. nach Abzug einer Schadensersatzsumme erstattet, wird zurückfordern können, obwohl ihm, wie gezeigt, das Eigentum daran zusteht. Es würde dies wohl in allen Fällen Treu und Glauben derart widersprechen, daß man geneigt sein wird, hier ein in der Natur der Sache begründetes Zurückbehaltungsrecht anzunehmen.

## § 14.

### b) Schadensersatzpflicht.

Als Schadensersatz muß der wegen Irrtums Anfechtende dem Andern nach § 121 B. G. B. das negative Geschäftsinteresse, jedoch nicht über den Betrag des positiven hinaus, ersetzten, außer wenn dieser die Anfechtbarkeit kannte oder infolge von Fahrlässigkeit nicht kannte. Zunächst sei der Begriff des negativen Geschäftsinteresses und zwar vorerst bezüglich der Verträge behandelt.

Es soll der Schade ersetzt werden, der dem Anfechtungsgegner dadurch entstanden ist, daß er auf die Gültigkeit der Erklärung vertraut hat. Es soll also nach B. G. B. § 249 der Zustand hergestellt werden, der bestehen würde, wenn der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Dieser

Umstand ist das Vertrauen auf die Gültigkeit; es ist also zu leisten, was der Anfechtungsgegner haben würde, wenn dies Vertrauen nicht eingetreten wäre, also niemals und auch nicht beim Abschluß des Geschäftes bestanden hätte. Kannte er beim Geschäftsabschluß die auf einem Irrtum des Gegners beruhende Anfechtbarkeit des Geschäftes und ließ er dieses trotzdem zustande kommen, so verliert er nach § 122 Abs. 2 B. G. B. seinen Anspruch auf Schadensersatz; außerdem wird darin in der Regel ein arglistiges Verschweigen liegen, das ihn selber, wie wir sehen werden, zum Schadensersatz verpflichtet. Wollte er sich eines solchen nicht schuldig machen, so mußte er von dem Geschäftsabschluß absehen. Soll also, um ihn schadlos zu halten der Zustand hergestellt werden, der bestände, wenn er die Anfechtbarkeit erkannt hätte, so wäre es an sich logisch durchaus denkbar, daß er zum Schadensersatz materiell in die Lage versetzt würde, als ob er die Anfechtbarkeit erkannt und trotzdem das Geschäft hätte zustande kommen lassen, denn der in diesem Falle eintretende Verlust des Schadensersatzanspruches ist natürlich nur eine Folge des tatsächlichen Verhaltens dieser Art, nicht des fingierten, und man könnte deshalb zweifeln, ob man ihn in die Lage versetzen will, als ob er das Geschäft, dessen mögliche Unwirksamkeit er voraussah, hätte zustande kommen lassen, oder in die, als ob er von dem Abschluß Abstand genommen hätte; ich meine aber, man muß die wahrscheinlichere von beiden Möglichkeiten wählen und wird nach dem Grundsatz: quisquis praesumitur bonus dazu kommen,

daß, wer die Anfechtbarkeit des Geschäftes erkennt, es überhaupt nicht zum Abschluß desselben kommen läßt.

Es wäre auch durchaus unpraktisch dem Schadenersatzberechtigten zuzugestehen, was er hätte, wenn er die Anfechtbarkeit des Geschäftes vorausgesehen, dieses aber trotzdem abgeschlossen hätte. Er würde vermutlich garnicht selber einmal wissen, was seine materielle Lage in diesem Falle gewesen wäre; er selber wäre an das Geschäft gebunden gewesen, der Andere hätte es jederzeit aufheben können. Welche Maßnahmen würde er da getroffen haben? Was er getan hätte, wenn das Geschäft nicht abgeschlossen wäre, wird sich viel eher ermitteln lassen. Der Schadensersatzberechtigte wird also fordern können, was er hätte, wenn das Geschäft sich zerschlagen hätte.

Erwähnt wurde schon, daß nach § 122 Abs. 2 der Schadensersatzanspruch fortfällt, falls der Anfechtungsgegner die Anfechtbarkeit kannte. Das zu bestimmen wäre unnötig gewesen, denn wenn er die Anfechtbarkeit kannte, vertraute er ja nicht auf die Gültigkeit und hatte also keinen Anspruch auf Schadensersatz schon zufolge § 122 Abs. 1. Es genügt aber auch zum Fortfall des Schadensersatzanspruches, daß er den Anfechtungsgrund kannte, ohne daß er deswegen zu wissen brauchte, daß dem Andern aus diesem ein Anfechtungsrecht erwuchs. Er verliert seinen Anspruch sogar dann, wenn es seiner Fahrlässigkeit zuzuschreiben ist, daß er den Anfechtungsgrund nicht kannte, und tatsächlich wird nur der letztere Fall von erheblicher

praktischer Bedeutung sein. Kannte nämlich der Anfechtungsgegner den Anfechtungsgrund und kam es dann hinterher zu einer Anfechtung, so ist das natürlich nur möglich, wenn er vorher das Geschäft trotz seiner Kenntnis des gegnerischen Irrtums abgeschlossen hatte; wie gesagt, wird man darin meist eine arglistige Täuschung zu sehen haben, auf die sich der Anfechtende meist lieber stützen wird, sodaß § 122 gänzlich fortfällt.

Wäre nun das angefochtene Geschäft nicht zustande gekommen, so wird sich in vielen Fällen annehmen lassen, daß der Schadensersatzberechtigte andere Geschäfte abgeschlossen oder unterlassen, Maßnahmen getroffen oder von denselben abgesehen hätte; aller Schaden, der ihm hieraus entsteht, ist ihm zu ersetzen, wie § 252 B. G. B. bezüglich der unterlassenen positiven Handlungen und des aus ihnen fließenden Gewinnes unter Gewährung einer Beweiserleichterung besonders bestimmt. Der Bestimmung an und für sich hätte es eigentlich nicht bedürft, denn daß bei Herstellung des Zustandes, der bestehen würde, wenn nicht etwas dazwischen gekommen wäre, berücksichtigt werden muß, was der, zu dessen Gunsten der Zustand hergestellt werden soll, dabei getan hätte, liegt eigentlich auf der Hand. Vielfach wird aber auch anzunehmen sein, daß die Parteien untereinander ein anderes Geschäft abgeschlossen hätten, wenn aus dem nachher angefochtenen nichts geworden wäre. Ist das der Fall, so wird der Anfechtende dem Andern das leisten müssen, was er zu leisten gehabt hätte, wenn das Geschäft, das statt des angefochtenen hätte abgeschlossen

werden sollen, abgeschlossen wäre. Ob und wie das Geschäft abgeschlossen wäre, ist allerdings eine in den meisten Fällen schwer zu beweisende Frage, doch erleichtert B. G. B. den Beweis etwas. Der Schaden, von dem hier die Rede ist, ist sogen. entgangener Gewinn, der nach § 252 bei Leistung von Schadensersatz mit ersetzt werden muß. Die Regelung an und für sich war unnötig, denn wie ausgeführt, gehört der Ersatz des entgangenen Gewinnes mit logischer Notwendigkeit zur Leistung des negativen Vertragsinteresses, doch ist in § 252 eine Beweiserleichterung geschaffen, nach der es nicht des sicheren Beweises, daß das Geschäft abgeschlossen wäre, bedarf, — diese wäre nur in den seltensten Fällen zu erbringen — nach der vielmehr der Nachweis einer Wahrscheinlichkeit genügt. Diese weitgehenden Folgerungen sind, soweit ich fand, bisher noch von niemandem gezogen worden, weder unter der Herrschaft des gemeinen Rechts von Jhering[1]), der den Begriff in seiner ganzen Bedeutung bezüglich nichtiger Geschäfte aus dem römischen Recht entwickelt hat, und vor ihm von Savigny[2]) und Mommsen[3]), die sich auch schon desselben bedienten, ohne auf seine Bedeutsamkeit für das ganze Rechtsgebiet hinzuweisen, und von andern gemeinrechtlichen Schriftstellern noch in irgend einer Arbeit über das neue bürgerliche Recht. Die ganze Frage, ob der entgangene Gewinn aus dem Geschäfte zu ersetzen sei, das die Parteien geschlossen hätten, wenn sie nicht das nachher angefochtene ab-

[1]) Jahrb. 4, S. 16 ff. [2]) III., S. 249, Anm. d. [3]) Beitr. I., S. 107.

geschlossen hätten, fand ich nur behandelt von Gradenwitz [1]), dem Cosack [2]) widerspricht. Da jedoch der Weg, auf dem Gradenwitz zu seinen Ergebnissen kommt, ein durchaus anderer ist, als der, auf dem ich zu den meinen gelange, ist wohl auch die Kritik Cosacks über die Anschauungen von Gradenwitz hauptsächlich als gegen dessen Begründung, die auch mir unzutreffend erscheint, gerichtet anzusehen.

Gradenwitz will nicht dem Begriff des negativen Vertragsinteresses den umfassenden Inhalt geben, wie es hier versucht ist, sondern folgert die Verpflichtung des Irrenden, wenn er einmal anficht, wenigstens das Geschäft zu vollziehen, das geschlossen wäre, wenn der Irrtum nicht vorgefallen wäre, aus dem Grundsatz von Treu und Glauben und aus Analogien. Von diesen stammt die eine allerdings aus dem Corpus iuris civilis nämlich l. 8 § 14 D. 16. 1. Es hat dort eine Frau an Stelle eines Andern promittiert und also interzediert, gegenüber der Klage beruft sie sich auf das S. C. Vellejanum; da nun wird gegen den, zu dessen Gunsten sie promittiert hat, eine Klage gegeben, trotzdem daß dieser ja garnicht Vertragspartei geworden ist, also eine Vertragsklage ohne Vertrag. Dasselbe täte B. G. B. § 140, wo ein ungültiges Rechtsgeschäft gemäß dem vermutlichen Parteiwillen als ein gültiges behandelt werde. So will Gradenwitz [3]) denn in jeden Vertrag die stillschweigende Klausel einfügen: „Ich will mich meines Anfechtungsrechtes bedienen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrs-

[1]) S. 62 ff. [2]) I., S. 222. [3]) S. 77.

sitte es erfordern, und hieraufhin nur die von ihm sogen. surrogative Anfechtung zulassen, d. h. eine solche, bei der sich der Anfechtende zur Leistung aus dem etwa sonst beabsichtigten Geschäft bereit erklärt.

Daß Treu und Glauben nur die surrogative Anfechtung zulassen würden, muß zugegeben werden; ob die Verkehrssitte damit einverstanden wäre, ist mir schon sehr zweifelhaft, doch scheint mir die Grundlage, auf die hin eine solche Klausel fingiert, also Vertragsansprüche ohne Vertrag gegeben werden, sehr schwankend. Das römische Recht mit seinen unendlich vielen Fiktionen ist für uns nicht mehr maßgebend, und § 140 B. G. B. ist eine durchaus vereinzelt dastehende Billigkeitsvorschrift, die so weitgehende Analogien m. E. nicht zuläßt.

Aus diesen Gründen kann ich den Weg nicht mitgehen, auf dem Gradenwitz dazu kommt, eine Verpflichtung des Anfechtenden anzunehmen, so zu erfüllen, wie wenn der angefochtene Vertrag nicht, statt dessen aber ein anderer zustande gekommen wäre, wenn ich auch dasselbe Ergebnis oben aufgestellt und seine Richtigkeit zu beweisen versucht habe; ich weiche hierbei von ihm nur in dem praktisch allerdings sehr erheblichen Punkte ab, daß ich nur eine Verpflichtung des Anfechtenden nach erfolgter Anfechtung annehme, während Gradenwitz eine Anfechtung, bei der der Anfechtende sich nicht zur Erfüllung der Verpflichtung bereit erklärt, nicht als gültige Anfechtung ansieht.

Es ist bisher nur von dem Schadensersatz bei

Anfechtung von Verträgen die Rede gewesen. Bei der Anfechtung von einseitigen Rechtsgeschäften ist von dem Anfechtenden das zu ersetzen, was der Andere haben würde, wenn er die Anfechtbarkeit gekannt hätte, d. h. er ist in diejenige materielle Lage zu versetzen, in der er in jenem Falle sein würde. Kannte er die Anfechtbarkeit aber, oder hätte er sie kennen müssen, so traf ihn die Schuld an seinem Schaden. Er hätte sich mit seinen Maßnahmen dann darauf einrichten müssen, daß der Andere die Erklärung möglicherweise anfocht und hätte im Notfall diesen durch Mitteilung des Irrtums zur sofortigen Entscheidung zwingen können. Für die bei der Anfechtung von Verträgen entstehenden Streitfragen ist hier kein Raum.

§ 15.

## II. Die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung.

### 1) Begriff der arglistigen Täuschung.

#### a) Begriff der Arglist.

Nach B. G. B. § 123 kann man eine Willenserklärung anfechten, wenn man zu ihrer Abgabe durch eine arglistige Täuschung bewogen ist; war die Erklärung eine empfangsbedürftige und hatte ein anderer als der Empfänger der Erklärung die Täuschung verübt, so ist sie nur dann anfechtbar, wenn der Empfänger der Erklärung oder wer sonst unmittelbar

ein Recht durch dieselbe empfing, die Täuschung kannte oder kennen mußte.

Nach bürgerlichem Recht ist also zur Anfechtung die Vermögensbeschädigung des Getäuschten und die gewinnsüchtige Absicht des Täuschenden — zu seinem eigenen oder eines Andern Vorteil — nicht erforderlich wie nach St.G.B. § 263 zur Bestrafung.

Die zur Anfechtung berechtigende Handlung ist also arglistige Täuschung, d. h. streng genommen nur arglistige Hervorrufung eines Irrtums. Es ist zu untersuchen, was man unter Arglist zu verstehen habe. Wie sich aus den Protokollen [1]) ergibt, war bei der Ersetzung des Wortes: Betrug durch: arglistige Täuschung nur beabsichtigt anzudeuten, daß es zur Anfechtung nicht wie zur Bestrafung des strafrechtlichen Betruges einer Vermögensbeschädigung des Getäuschten bedürfe. Man könnte nun zunächst meinen, man habe durch den Ausdruck: arglistige Täuschung den gemeinrechtlich-zivilrechtlichen Begriff des Betruges zur Geltung bringen wollen, doch ist diese Annahme dadurch ausgeschlossen, daß dieser, wie die gemeine Meinung, so Regelsberger [2]), Dernburg [3]), und wohl auch Windscheid [4]) annimmt, voraussetzt, daß durch den Betrug eine Vermögensbeschädigung eingetreten sei; was nach B. G. B. ja gerade nicht der Fall sein sollte; Savigny [5]) sagt es allerdings nicht ausdrücklich, doch ist auch von ihm anzunehmen, daß er zum Begriff des zivilrechtlichen Betruges einen eingetretenen

[1]) I., S. 119. [2]) I., S. 536. [3]) Pand. I., S. 243. [4]) I., S. 344. [5]) III., S. 118.

Vermögensschaden fordert, da er sich entgegen Regelberger und Dernburg nicht mit einem eventuellen Schädigungsvorsatz begnügt, sondern nur von einem direkten spricht.

Man hat also wohl dem Begriff des Wortes Arglist nachzugehen. Es liegt in demselben zweifellos ein sittlicher Vorwurf, wie schon in dem gemeinrechtlichen dolus im engeren Sinne, dem dolus malus; arglistig handelt also, wer gegen ein Sittengebot verstößt. Welche Sittengebote sind aber als maßgebend zu erachten? Man könnte sagen: die gute Sitte, d. h. das, was allgemein als ehrenhaft gilt, wie dies die Motive[1]) tun. Dort wird der zivilrechtliche Betrug als ein arglistiger Verstoß gegen Treu und Glauben zum Schaden eines Andern definiert, was mit dem gemeinrechtlichen Begriff übereinzustimmen scheint. Da aber das Tatbestandsmerkmal der Schädigung eines Andern in dem Begriff des § 123 B. G. B. nicht mehr enthalten ist, haben wir einen so stark gegenüber dem I. Entwurf veränderten Begriff vor uns, daß wir die Definition jenes früheren Begriffes in keiner Hinsicht mehr zur Erläuterung heranziehen können.

Wenn man die gute Sitte als Grundlage bei der Feststellung, ob eine Täuschung arglistig ist, betrachten wollte, hätte man allerdings einen einigermaßen festen Anhaltspunkt, denn die gute Sitte ist, wenn auch wechselnd und schwankend, so doch immerhin eine feststellbare Größe, wenigstens behandelt das Gesetz

[1]) I., S. 208, Anm.

sie als etwas, das sich ermitteln läßt, und stellt die Entscheidung auf das pflichtmäßige Ermessen des Richters ab. Ich möchte jedoch bestreiten, daß ein Verstoß gegen die auf diese Weise gefundene gute Sitte stets sittlich verwerflich sein müsse, möchte dagegen behaupten, daß umgekehrt nicht gegen die sogen. guten Sitten verstoßende Handlungen sittlich verwerflich sein können. Die gute Sitte ist eben das, was das gute gesunde Durchschnittsempfinden dafür hält; nun gibt es aber wohl kaum einen Menschen, der dieses Durchschnittsempfinden in vollem Maße teilt; hier und da weichen wohl alle etwas ab, mancher steht ganz darüber, sehr viele weit darunter. Zur sittlichen Beurteilung der Handlungen eines Menschen kann man aber ebensowenig wie irgend ein Ideal den guten Durchschnitt heranziehen. Das ist wohl erforderlich zur Beurteilung körperlicher und geistiger Eigenschaften, weil hier ein anderer Anhaltspunkt fehlt, man kann und muß dies auch tun zur Feststellung des sittlichen Wertes eines Menschen, indem man ihm ein gegenüber dem Durchschnitt hohes oder tiefes sittliches Empfinden zuspricht; die Äußerungen dieses sittlichen Empfindens kann man aber immer nur nach diesem selber beurteilen, wenigstens, wenn man als sittlich nicht, was das Wort ursprünglich bedeutet, das auffaßt, was der Sitte entspricht, sondern der ethisch höheren Bedeutung des Wortes entsprechend das, was dem eigenen Bewußtsein für Gut und Böse entspricht. In der Regel sieht das Gesetz nur von diesem Sittlichkeitsbegriff ab; das ganze bürgerliche

Recht durchzieht der Grundsatz, daß die gute Sitte oder Treu und Glauben vielfach noch eingeengt durch die Rücksicht auf die Verkehrssitte maßgebend seien, das Strafrecht stellt wohl hier und da die Erkenntnis der Rechtswidrigkeit als Tatbestandsmerkmal auf und kennt bei Jugendlichen den Mangel der zur Erkenntnis der Strafbarkeit nötigen Einsicht, bedient sich aber eines etwaigen Begriffes der Erkenntnis der Strafwürdigkeit, also eines rein subjektiven sittlichen Momentes nicht. Es ist dies nützlich und notwendig, darf uns aber den Blick nicht dafür verschließen, daß es möglich ist, eine subjektiv-sittliche Beurteilung für rechtliche Verhältnisse maßgebend zu machen und daß dies auch im B. G. B. geschehen ist, wie z. B. in §§ 1568, 2333; zur Ehescheidung bez. zur Enterbung genügt doch zweifellos nicht ein objektiv gegen Ehre und Sitte verstoßendes, sondern nur ein auch subjektiv ehrloses und unsittliches Verhalten.

Eine solche Bezugnahme auf das subjektive Bewußtsein von dem, was Gut und Böse ist, ist m. E. in dem Worte Arglist enthalten, und wenn das Gesetz dasselbe anwendet, so muß man, meine ich, annehmen, daß es diese subjektive Beurteilung als maßgebend erachtet.

Es wäre jedoch zu weit gegangen, wollte man annehmen, eine arglistige Täuschung liege nur dann vor, wenn der Täuschende sich der Arglistigkeit, der Unsittlichkeit seiner Handlung bewußt war, d. h. sie selber für arglistig hielt. Eine derartig ausschließlich auf das subjektive Empfinden abgestellte Beurteilung,

die dem sittlich Stumpfen gegenüber den Feinfühligen schwer benachteiligen würde, war zweifellos nicht der Wille des Gesetzes. Ich würde vielmehr eine arglistige Täuschung nur dann annehmen, wenn der Täuschende sich bewußt war, gegen die allgemein als solche anerkannte gute Sitte zu verstoßen, mochte er selbst auch diese Auffassung der Allgemeinheit nicht billigen. Bei dieser Definition der Arglist ist das in derselben liegende subjektive Moment, genügend zur Geltung gekommen, ohne daß man auf eine allzu schwierige und darum als vom Gesetz gewollt nicht anzunehmende Würdigung von sittlichen Eigenschaften eingehen müßte. Auch die Würdigung der Frage, ob jemand sich bewußt war, gegen die gute Sitte zu verstoßen, wird vielfach Schwierigkeiten machen, doch wird man im Zweifel von einem jeden, auch dem Täuschenden, annehmen, daß er die gute Sitte kennt, sodaß die Partei, welche behauptet, der, dessen Handlungsweise zur Beurteilung steht, habe dieselbe im vorliegenden Falle für einwandfrei gehalten, dies mit Gründen wird belegen müssen.

Eine arglistige Täuschung liegt somit vor, wenn der Täuschende seine Täuschung selber für gegen die guten Sitten verstoßend hielt, doch genügt natürlich nicht das subjektive Bewußtsein, sondern es muß auch objektiv ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliegen.

Die gemeine Meinung, so Dernburg [1]), Hölder [2]), Plank [3]), Enneccerus-Lehmann [4]) erachtet eine

[1]) B. R. I., S. 438 f. [2]) A. T., S. 273. [3]) I., S. 220. [4]) I, S. 209.

arglistige Täuschung stets dann als vorliegend, wenn der Täuschende sie in der Voraussicht, Endemann[1]), wenn er sie in der Absicht zu täuschen verübt hat, sodaß auch eine Täuschung zu Gunsten des Getäuschten stets arglistig sei, während Leonhard[2]) die Gleichstellung von vorsätzlich und arglistig geradezu ablehnt und Crome[3]) und Rehbein[4]) außer dem Vorsatz zum Begriffe der Arglist auch Böswilligkeit des Täuschenden verlangen, also zweifellos die Entscheidung auf eine subjektive sittliche Würdigung desselben abgestellt wissen wollen. Rehbein führt dies soweit aus, daß eine Täuschung, die nur das Beste des Getäuschten beabsichtigt, nicht arglistig sei, weil man sie nicht als böswillig bezeichnen könne. Dementgegen betont die gemeine Meinung, daß auch eine solche Einwirkung arglistig weil unzulässig sei, denn eine solche Einwirkung auf seine Entschließungen brauche man sich nicht gefallen zu lassen. Letzteres ist, wie dies auch Rehbein tut, zuzugeben, doch ist zu bestreiten, daß eine derartige unzulässige Einwirkung immer arglistig sein müsse. In der Regel wird ja allerdings eine vorsätzliche Täuschung arglistig sein, besonders wenn sie, wie weitaus die meisten, aus Eigennutz begangen ist, denn der Täuschende wird meist mit Recht davon überzeugt sein, daß seine Einwirkung auf den freien Willen eines Andern gegen die guten Sitten verstößt; sollte dies jedoch nicht der Fall sein, so — um ein Beispiel Leonhards anzuführen — wenn jemand einem Andern aus Schonung verschweigt, daß sein Leiden ein

[1]) I., S. 354 f. [2]) A. T., S. 523. [3]) I., S. 429. [4]) I., S. 148.

tötliches sei, oder — füge ich hinzu — ihn gar wider besseres Wissen davon überzeugt, daß es dies nicht sei, und ihn hierdurch wissentlich zu Ausgaben veranlaßt, die er in Voraussicht seines nahen Endes nicht gemacht haben würde, so wird diese Täuschung niemals als arglistig anzusehen sein.

## § 16.

### b) Arglistiges Verschweigen.

Zum Begriff der arglistigen Täuschung gehört aber nach der, wie mir scheint, unwidersprochenen gemeinen Meinung auch das arglistige Verschweigen eines Umstandes, durch das der Irrende in seinem Irrtum erhalten wurde. Wird im Strafrecht die Unterdrückung wahrer Tatsachen der Vorspiegelung falscher gleichgestellt, so ist ohne weiteres anzunehmen, daß das bürgerliche Recht die entsprechenden Begriffe nicht verschieden behandeln will.

Untersucht man den Begriff der Unterdrückung wahrer Tatsachen in § 263 St. G. B., so ergibt sich, daß hier wie bei allen durch Unterlassung begangenen strafbaren Handlungen eine solche nur vorliegt, wenn eine Rechtspflicht zum Handeln gegeben war. Es liegt nun nahe, dies Erfordernis, wie Schiedges[1]) es tut, auf den zivilrechtlichen Begriff der arglistigen Täuschung auszudehnen. Schiedges geht dabei davon aus, daß ein allgemeines Gesetz des bürgerlichen Rechtes sei, daß jeder so handeln müsse,

[1]) S. 26 ff.

wie es Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte gebieten, wenn dasselbe auch nur kasuistisch, so in §§ 157, 162, 242, 815 B.G.B. zum Ausdruck gebracht sei. Ein Verschweigen sei also arglistig, wenn Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verlangten, daß geredet würde. Der Verkehrssitte entspräche es nun aber nicht, die Gegenpartei über alle Umstände aufzuklären, wenigstens bei der weitaus größten Mehrzahl der Geschäfte nicht; wenn also vielleicht auch Treu und Glauben eine Aufklärung erforderten, aus Rücksicht auf die Verkehrssitte fiele diese Forderung dahin. Dies ergebe sich mit einem argumentum a contrario auch aus § 444 B.G.B.. Dieser Paragraph — hier verliert Schiedges die allgemeine Natur der von ihm behandelten Vorschriften völlig aus den Augen — bestimme zwar nur hinsichtlich verkaufter, nicht auch für noch zu verkaufende Sachen eine Pflicht zur Aufklärung über Rechtsmängel, doch sei das auf diese auszudehnen. Diese Ausdehnung erscheint mir schon unzulässig, denn § 444 behandelt die Pflichten des Verkäufers bei der Erfüllung, die naturgemäß ganz andere sind, als die bei dem Vertragsabschluß[1]), hält man sie jedoch für zulässig, so würde sich hieraus allerdings die Verpflichtung zur Aufklärung hinsichtlich der Sachmängel schließen lassen, wie dies Schiedges tut. Der gesetzgeberische Grund für die verschiedene Behandlung der Mängel sei, daß der Käufer beim Kaufe sich hinsichtlich etwaiger Sachmängel der Kaufsache durch Untersuchung derselben Kenntnis verschaffen

[1]) so auch Planck II., S. 345 f.

könne, während dies bei Rechtsmängeln nicht der Fall sei. Wo dies auch bei Sachmängeln nicht möglich wäre, z. B. beim Kaufe von Sachen, die sich an einem andern Orte befänden, fiele der Rechtsgrund dafür, daß eine Aufklärungspflicht nicht aufgestellt ist, fort und wäre also eine solche anzunehmen.

Will man mit Schiedges annehmen, daß ein allgemeines Gesetz bestände, das Treu und Glauben mit Berücksichtigung der Verkehrssitte zur allgemeinen Richtschnur machte — und das muß man wohl — und daß ferner dies Gesetz auf den Begriff des arglistigen Verschweigens in § 123 B. G. B. Anwendung fände — und das bestreite ich —, so wird man mit Notwendigkeit zu der Annahme gedrängt, daß von vornherein eine Aufklärungspflicht beim Abschluß von Rechtsgeschäften nicht bestände und daß ein Verschweigen also keine arglistige Täuschung sei.

Die Art, wie Schiedges die Ausnahmen von diesem Grundsatz konstruiert, ist aber völlig verfehlt. Zunächst spricht er von Sachmängeln und Rechtsmängeln beim Kaufe. § 123 gibt eine Anfechtung nicht nur wegen solcher, sondern wegen ganz beliebiger Umstände und bei jeder Art von Rechtsgeschäften. Wenn also die Verkehrssitte hier keine Aufklärung verlangt, was sie, wie gesagt, kaum je tut, so wäre wegen eines noch so verwerflichen Verschweigens solcher Umstände — sagen wir bei Anstellung einer Erzieherin, daß sie unter sittenpolizeilicher Kontrolle gestanden hat, — eine Anfechtung aus § 123 nicht möglich, weil eine Aufklärungspflicht nur über Rechts- und unerkennbare

Sachmängel bestände. Auch der Rechtsgrund dafür, daß eine Aufklärungspflicht nicht auferlegt sei, mutet sonderbar an; der Rechtsgrund für ein nicht vorhandenes Gesetz! Das gibt es nicht. Es bliebe nichts übrig, als wegen Gleichheit des Grundes die aus § 444 gefundene Aufklärungspflicht, die, wie wir sahen, hinsichtlich der Rechtsmängel noch zu verkaufender Sachen auf sehr schwachen Füßen steht, auf die Sachmängel, wenn sie auch nicht erkennbar sind, auszudehnen.

Auf diesem Wege kommt man zu keinem brauchbaren Ergebnis. Es war zuzugeben, daß das B. G. B. ein allgemeines Gebot kenne, so zu handeln, wie es Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erfordern. Es ist dies ein zum Rechtsgebot erhobenes Gebot der Sittlichkeit. Wo sich nun aber besondere Sittlichkeitsgebote als Rechtsvorschriften finden, müssen diese natürlich als leges speciales jene lex generalis ausschließen; wenn also z. B. § 226 die Schikane verbietet, so kann sich der Schikanierende nicht darauf berufen, seine Handlungsweise wäre, was ja durchaus nicht unmöglich ist, verkehrsüblich, oder wenn § 826 an jede wider die guten Sitten verstoßende Handlung eine Schadensersatzpflicht knüpft, sie also untersagt, so kann der Schädiger nicht für sich geltend machen, seine Handlung entspräche, wenn auch nicht den guten, so doch der Verkehrssitte, die ja viele schlechte Sitten kennt.

So ist es auch in § 123 beim arglistigen Verschweigen. Durch das besondere Verbot der Arglist, wird hier das allgemeine, wider Treu und Glauben mit

Rücksicht auf die Verkehrssitte zu handeln, ausgeschlossen. Eine arglistige Irrtumserregung liegt, wie wir sahen, vor, wenn der Täuschende sich bewußt war, daß seine Handlungsweise gegen die guten Sitten verstieß. Ein arglistiges Verschweigen wird man dementsprechend dann annehmen müssen, wenn der Verschweigende wußte, daß Anstand und gute Sitte von ihm verlangt hätten, den Andern aufzuklären, und es wird ihm nichts nützen, wenn er sich darauf beruft, nach der Verkehrssitte würde in diesem Fall eine Aufklärung des Geschäftsgegners nicht gefordert.

Tatsächlich wird das allerdings meistens darauf hinauslaufen, daß man ein arglistiges Verschweigen nur dann annimmt, wenn auch die Verkehrssitte eine Pflicht zur Aufklärung begründet hätte, weil dem Täuschenden in der Regel zu glauben sein wird, daß er, das zu tun, was die Verkehrssitte zuließ, auch für nicht gegen die guten Sitten verstoßend hielt.

Die hier geforderten Würdigungen der Vertragsparteien sind im höchsten Grade schwierig, die geforderten Beweise mit völliger Sicherheit nicht zu erbringen. Es wird demnach dazu kommen, daß, wie Kuhlenbeck[1]) bezüglich des arglistigen Verschweigens für das gemeine Recht sagt, dem sich für das bürgerliche Recht Kretschmar[2]) anschließt, das juristische und sittliche Taktgefühl des Richters im Einzelfalle den Ausschlag geben wird, und zwar wird dies nicht nur bezüglich des Verschweigens sondern auch der Erregung eines Irrtums zu geschehen haben.

[1]) Jur. Wochenschr. 96., S. 125. [2]) S. 44.

§ 17.

## 2) Erheblichkeit der Täuschung.

Worauf sich der durch die Täuschung hervorgerufene bezw. unterhaltene Irrtum bezieht, macht nichts aus; er kann möglicherweise auf die ausgesprochenen und in den Vertragsinhalt aufgenommenen Zwecke des Getäuschten, auf die Ursache, aus der er das Geschäft schloß, oder etwas ganz beliebiges zum Geschäft Gehöriges oder außerhalb desselben Stehendes Bezug haben; die Anfechtung einer Willenserklärung wegen arglistiger Täuschung wird stets zugelassen, wenn der durch die Täuschung erzeugte Irrtum den Getäuschten zur Abgabe der Willenserklärung bestimmt hat. Im Wortlaut des Gesetzes ist das Erfordernis der Ursächlichkeit zwischen Täuschung und Abgabe der Willenserklärung unzweideutig ausgedrückt, und soweit es sich um eine tätige Täuschung handelt, wird die Feststellung dieses ursächlichen Zusammenhanges, sofern derselbe tatsächlich besteht, keinen Schwierigkeiten begegnen; haben wir es aber mit einem arglistigen Verschweigen zu tun, so läßt sich derselbe schlechterdings nicht denken. Es ist das die alte strafrechtliche Frage von der Ursächlichkeit der Unterlassung. Wie dort, so muß man auch hier die Ungenauigkeit im Wortlaut des Gesetzes verbessern, indem man entgegen demselben von einer eigentlichen Ursächlichkeit absieht und sich nur fragt: Hätte der Getäuschte ohne dieses arglistige Verschweigen, also bei Kenntnis der wahren Sachlage die Erklärung trotzdem abgegeben? Wird das verneint, so ist die Erklärung als durch das arglistige Verschweigen bewirkt anzusehen.

§ 18.

## 3) Anfechtung wegen Täuschung durch einen Dritten.

Wir haben bisher nur den Fall im Auge gehabt, daß die anzufechtende Willenserklärung gegenüber dem Täuschenden abzugeben und abgegeben war. § 123 stellt aber im Abs. 1 den ganz allgemeinen Satz auf, daß die Täuschung, die von irgend jemandem begangen ist, jedem Andern gegenüber als Anfechtungsgrund genügt, und trifft im Abs. 2 hiervon Ausnahmen für diejenigen Willenserklärungen, die einem Andern gegenüber abzugeben waren, beläßt es aber für die nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen bei jener Regel.

War eine empfangsbedürftige Willenserklärung durch die Täuschung verursacht, die ein Anderer als der Erklärungsempfänger begangen hatte, so soll nach § 123 Abs. 2 S. 1 die Anfechtung nur dann zulässig sein, wenn dieser die Täuschung kannte oder kennen mußte, d. h. nach § 122 in Folge von Fahrlässigkeit nicht kannte. Von praktischer Bedeutung werden hier nur die Fälle sein, in denen der Empfänger der Erklärung, wenn er die pflichtmäßige, d. h. entsprechend dem oben aufgestellten im B. G. B. allgemein zur Geltung gelangten Grundsatz die durch Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erforderliche Sorgfalt aufgewandt hätte, aus der Erklärung erkannt haben würde, daß der Andere zur Abgabe derselben durch Täuschung bestimmt sei. Kannte er die Täuschung durch den

Dritten nämlich nicht, und hätte er sie bei irgend einer andern Gelegenheit, nicht aber bei Entgegennahme der Willenserklärung erkennen können, so wird man ihm hieraus nie den Vorwurf der Fahrlässigkeit machen können, denn eine noch so geringe Sorgfalt bei Sachen, die einen nichts angehen, ist von niemandem zu verlangen, deren Außerachtlassen also niemals als Fahrlässigkeit zu betrachten. Kannte er aber die Täuschung durch den Dritten, so wird man in dem Benutzen des durch dieselbe erzeugten Irrtums stets ein arglistiges Verschweigen sehen, daß den Getäuschten schon nach Abs. 1 zur Anfechtung berechtigt.

Weiter ist das Anwendungsgebiet von § 123 Abs. 2 S. 2. Bei diesem sind vier Personen denkbar, der Täuschende, der in Folge der Täuschung eine Erklärung Abgebende, der die Erklärung Entgegennehmende und der aus dieser ein Recht Erwerbende. Hierbei können der Erste und der Dritte oder auch der Erste und der Vierte in einer Person vereinigt sein. Im letzteren Falle, sowie wenn alle Vier getrennte Personen sind, ist dies eine Sonderbestimmung gegenüber § 123 Abs. 2 S. 1, im ersteren Falle gegenüber Abs. 1. Da nun und in soweit der Vierte der materiell Interessierte an dem Geschäft ist, muß es auf dessen Kenntnis von der Täuschung abgestellt werden, und es muß, wenn er die Täuschung nicht kannte, auch bei Bösgläubigkeit des Erklärungsempfängers die Anfechtbarkeit versagt, dagegen bei dessen Gutgläubigkeit, wenn nur der Vierte die Täuschung kannte, die Anfechtung gegeben werden. Ja, selbst wenn der Vierte mit dem ersten identisch

ist, kann man die Anfechtung nicht auf die von ihm begangene Täuschung, sondern nur auf seine Kenntnis von derselben stützen, denn § 123 Abs. 1 wird durch Abs. 2 S. 1 ausgeschlossen und dieser versagt, wenn die dritte Person die Täuschung nicht kannte. Ein Kennenmüssen des Vierten von der begangenen Täuschung wird man allerdings aus analogen Gründen wie oben auch hier nur dann annehmen können, wenn er aus der Mitteilung, daß ihm dieses Recht erwachsen sei, die Täuschung erkennen mußte.

§ 19.

## 4) Anfechtung wegen Täuschung durch den Vertreter des Vertragsgegners.

Es bedarf noch der Beantwortung der Frage, ob und inwieweit eine Partei die Anfechtung gegen sich gelten lassen muß, wenn nicht sie selbst, sondern ihr Vertreter die Täuschung begangen hat. Hat der Geschäftsherr um die Täuschung gewußt, bevor sie ausgeübt wurde, so ist die Sache einfach; er hat dann eben selbst die Täuschung begangen, indem er sie befahl oder zu verbieten unterließ. Hat er sie aber nicht gekannt, so könnte man zunächst annehmen, daß er nach § 123 Abs. 2 zu behandeln wäre, weil sein Vertreter als Dritter die Täuschung begangen hat; diese müßte er sich, wie Leonhard[1]) meint, anrechnen lassen, wenn er sie hätte kennen müssen, ja,

[1]) A. T., S. 521.

er müßte sie sich, selbst wenn dies nicht der Fall war, anrechnen lassen auf Grund der Bestimmung des § 166 B. G. B.. So gezwungen dies, namentlich das Letztere, auch wäre, es ließe sich nichts dagegen einwenden, wenn es nicht unzulässig wäre, den Vertreter als Dritten zu behandeln. Wäre es auch an sich logisch nicht undenkbar, den Vertreter sowohl als solchen wie als Dritten aufzufassen, denn es gibt ja auch sonst Fälle, in den jemand als Eigenperson und als Vertreter eines Andern zugleich auftritt wie beim sogen. Selbstkontrahieren des Vertreters, so ist es doch in diesem Fall nicht zulässig, da das Gesetz mit dem Ausdruck: Dritter stets einen außerhalb des Geschäftes Stehenden bezeichnet, so auch Dernburg[1]) und Crome[2]). Allerdings liegt der von Leonhard angeführte Fall insofern etwas anders, als der hier gedachte, weil dort der Abschluß des Vertrages von dem Geschäftsherrn selber vollzogen ist und die Betrügereien seiner Leute nur bei den Vorverhandlungen hineingespielt haben, jedoch liegt auch in der Leitung von diesen eine Vertretung im Willen, die die Auffassung der Leute als Dritter verbietet. A. a. O. stellt Leonhard eine selbständige Haftung für Arglist des Vertreters nicht auf, und auch am Eingange des zitierten Absatzes spricht er nur davon, die Person des Täuschenden müsse der Geschäftsgenosse sein, während er kurz vorher[3]) als Getäuschten den Vertreter der Geschäftspartei ausdrücklich erwähnt; hieraus meine ich mit einem argumentum a contrario schließen zu müssen, daß er

[1]) B. R. I., S. 440, Anm. 13. [2]) I., S. 469, Anm. 8. [3]) S. 520.

eine Haftung für die Arglist des Vertreters nicht anerkennt, es sei denn, daß der Geschäftsherr sie hätte kennen müssen.

Kann der Vertreter, wie wir sahen, nun nicht Dritter sein, so fiele die Ausnahme des § 123 Abs. 2 fort, Abs. 1 träte in vollem Umfang in Geltung, und der Geschäftsherr müßte unbeschränkt wegen der durch seinen Vertreter begangenen Täuschung die Anfechtung gegen sich gelten lassen. Aber diese Schlußfolgerung ist unzulässig. § 123 sollte die Folgen der Täuschung durch irgend jemanden, sei es wie in Regel der Empfänger der Erklärung oder irgend ein beliebiger Dritter, regeln; ist der Vertreter des Erklärungsempfängers nun nicht als Dritter zu betrachten, so ist er noch weniger mit seinem Herrn identisch, wenigstens kann man ihn so nur auf Grund der Vorschriften über die Stellvertretung behandeln. Diese sind demnach zu untersuchen.

B. G. B. § 164 spricht nur von der Wirksamkeit der Willenserklärung des Vertreters für und gegen den Vertretenen, § 166 nur von Willensmängeln, Kennen und Kennenmüssen des Vertreters, die der Vertretene gegen sich gelten lassen muß; § 278 endlich stellt nur eine Haftung für das Verschulden des gesetzlichen Vertreters oder der Personen, deren man sich zur Erfüllung einer Verbindlichkeit bedient, auf. Letzteres scheidet schon seinem Wortlaut nach ganz aus, aber auch unter die andern beiden Paragraphen scheint der Tatbestand nicht zu passen. Eine Wirkung der Willenserklärung scheint ihre Anfechtbarkeit nicht zu

sein, und die arglistige Täuschungsabsicht läßt sich bei den Willensmängeln schlechterdings nicht unterbringen, läßt sich allerdings noch weniger unter das Kennen und Kennenmüssen fassen.

Betrachten wir zunächst die Meinung der Litteratur, so finden wir, daß die Ansicht von Enneccerus-Lehmann[1]) nicht klar zu ermitteln ist, weil er, wie auch das Gesetz, nur von Kennen und Kennenmüssen und Willensmängeln spricht und als Letztere ziemlich erschöpfend Mentalreservation, Simulation, Nichternstlichkeit, Irrtum, Getäuscht- und Bedrohtwerden des Vertreters und Mangel der Einigung, nicht aber Täuschung und Drohung des Vertreters aufführt; daher ist es sehr wohl möglich, daß er, wenn er[2]) Zwang und Betrug unter die Willensmängel faßt, hiermit nur den passiven Zwang und Betrug meint und also eine Anfechtung gegenüber dem Geschäftsherrn des betrügenden oder drohenden Vertreters mangels bestimmter gesetzlicher Vorschrift nicht zuläßt; ähnlich Cosack[3]). Dieselbe Fassung wählt Meisner[4]), doch da er keine nähere Erläuterung gibt, ist seine Auffassung noch weniger zu ermitteln als die von Enneccerus-Lehmann. Matthiass[5]) faßt auch den aktiven Zwang und Betrug unter die Willensmängel und läßt aus diesem Grunde die Anfechtung zu, Dernburg[6]) und Crome[7]) gestatten sie ohne Erläuterung des Gesichtspunktes, aus dem heraus sie sie zulassen, ebenso Endemann[8]), der die Anfechtung aus allgemeinen Grundsätzen

[1]) I., S. 216 ff. [2]) I., S. 207. [3]) I., S. 239 f. [4]) I., S. 159. [5]) I., S. 238. [6]) a. a. O. [7]) a. a. O. [8]) I., S. 396, Anm. 19.

geben will. Des näheren äußern sich nur Hölder, Rehbein und Planck. Hölder[1]) läßt ganz allgemein „ein Verhalten oder Bewußtseinszustand“ des Vertreters, allerdings auch des Vertretenen für und gegen diesen wirken, und Rehbein[2]) läßt „für die rechtliche Beurteilung der inneren Willensmomente nicht die Person des Vertretenen sondern die des Vertreters in Betracht kommen.“ Es sind dies nur andere Ausdrucksweisen für den allgemeinen Grundsatz, den Planck[3]) in § 166 kasuistisch aufgestellt findet, daß nämlich die Erfordernisse der Willenserklärung aus der Person des Vertreters beurteilt werden sollen.

Diese Meinung vertritt auch das R. G. in einer seiner neueren Entscheidungen[4]), wo es die Anfechtbarkeit des durch Betrug des Vertreters erzeugten Geschäftes als selbstverständlich hinstellt. Die dort geschehene Bezugnahme auf die Motive[5]) will allerdings nicht viel besagen, weil E. I. § 117 ausdrücklich die Erheblichkeit des Betruges, natürlich sowohl des aktiven wie des passiven, nach der Person des Vertreters bemessen wissen will, während B. G. B. § 166 mit seinen „Willensmängeln“ wohl des Getäuschtwerdens des Vertreters, nicht aber seiner Täuschung gedenkt.

Ich glaube aber, man kann noch weiter gehen als Planck, Hölder und Rehbein. Es hätte der Bestimmung des § 166, die durch ihre kasuistische Form den von jenen betonten allgemeinen Grundsatz beinahe zu

[1]) A. T., S. 362. [2]) I., S. 258. [3]) I., S. 213, Anm. 1. [4]) R. G. N. F. 11., S. 212. [5]) I., S. 227 f.

beschränken scheint, wenigstens aber nicht klar zum Ausdruck bringt, garnicht bedurft, um ihn zur Geltung zu bringen. Hat doch auch das A. D. H. G. B. darauf verzichtet durch eine derartige Bestimmung seinen Art. 52 zu erläutern, ohne daß die Rechtsprechung (s. u.) über seine Auslegung im Zweifel war. Wenn die Wirkungen des Rechtsgeschäftes, wie B. G. B. § 164 besagt und wie A. D. H. G. B. Art. 52 besagte, in der Person des Vertretenen eintreten, trotzdem daß dieses von dem Vertreter abgeschlossen ist, so ist das Natürlichste, daß diejenigen im Vertretenen eintreten, die im Vertreter eingetreten sein würden, wenn er das Geschäft im eigenen Namen abgeschlossen hätte. Können die gewöhnlichen Wirkungen des Geschäftes in diesem nur durch seine äußeren Handlungen wie Drohung oder durch innere Vorgänge wie Täuschungsabsicht, Irrtum verändert eintreten oder würden in diesem ganz andere als beabsichtigt eintreten, so bei Simulation, so muß eben der Vertretene sie so über sich ergehen lassen, wie sein Vertreter sie gestaltet hat, sonst wären es eben nicht die Wirkungen des Geschäftes, wie es tatsächlich abgeschlossen wurde. Er müßte also das Geschäft in seinem ganzen Umfange gegen sich gelten lassen, bei Mentalreservation des Vertreters erfüllen, bei dessem Irrtum, wenn er von seinem Anfechtungsrecht Gebrauch macht, das negative Vertragsinteresse leisten, bei dessen Täuschung oder Drohung die Anfechtuug gegen sich gelten lassen, alles schon aus dem in § 164 zur Geltung gebrachten Grundsatz der unmittelbaren Stellvertretung.

§ 20.

## 5) Geltendmachung der Anfechtung.

Die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung erfolgt nach B. G. B. § 143 wie die wegen Irrtums durch einfache Erklärung und zwar bei Verträgen gegenüber dem Vertragsgegner, nur bei solchen, aus denen ein Dritter unmittelbar ein Recht erlangt, gegenüber diesem, bei einseitigen empfangsbedürftigen Willenserklärungen gegenüber dem Empfänger dieser Erklärung, bei nicht empfangsbedürftigen gegenüber jedem, der aus derselben einen rechtlichen Vorteil erlangt. Die Frist, innerhalb derer die Anfechtung möglich ist, beträgt nach § 124 ein Jahr, nachdem der Getäuschte von der Täuschung Kenntnis erhalten hat, sie wird nach §§ 124 Abs. 3, 203 Abs. 2 gehemmt, solange er durch höhere Gewalt an der Anfechtung verhindert ist, und läuft, wenn der Anfechtungsberechtigte nicht voll geschäftsfähig ist und keinen Vertreter hat, oder wenn das Anfechtungsrecht sich gegen einen Nachlaß richtet oder zu einem solchen gehört, nach §§ 124 Abs. 2, 206 f. nicht ab, bis im ersteren Fall sechs Monate seit dem Zeitpunkt verstrichen sind, zu dem der Mangel der Vertretung behoben, bezw. die volle Geschäftsfähigkeit eingetreten ist, oder im zweiten Fall sechs Monate seit Annahme der Erbschaft oder Eröffnung des Nachlaßkonkurses verstrichen sind. Die Anfechtung ist ausgeschlossen dreißig Jahre nach Vornahme der Täuschung.

§ 21.

## 6) Folgen der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung.

### a) Nichtigkeit des Geschäftes.

Die Folgen der Anfechtung wegen Täuschung sind bezüglich des Geschäftes dieselben wie bei der wegen Irrtums, weil der Begriff der Anfechtung wie der der Nichtigkeit in beiden Fällen der gleiche ist. Hervorzuheben ist jedoch, daß hier auch das reine Erfüllungsgeschäft wegen Täuschung beim Abschluß des obligatorischen stets wird angefochten werden können; hatte die Täuschung sich auf solche Punkte bezogen gehabt, die auch zum wesentlichen Inhalt des Erfüllungsgeschäftes gehören, so liegt das auf der Hand; war etwa eine vergoldete Sache trügerischer Weise als golden verkauft, so liegt auch beim Erfüllungsgeschäft eine arglistige Täuschung darin, daß sie als golden übereignet wird. Aber auch wenn der Punkt, über den getäuscht war, nicht im mindesten zur Sache gehörte — es war z. B. durch trügerische Vorspiegelungen über eine nicht bestehende Notlage das Mitleid des Getäuschten erweckt, sodaß dieser eine Sache zu einem besonders billigen Preise abließ —, liegt die Sache ebenso. Er ist zweifellos, daß der Täuschende das Erfüllungsgeschäft ebensowenig wie das ursprüngliche vorgenommen hätte, wenn er nicht früher getäuscht worden wäre. Er befand sich also bei Vornahme des Erfüllungsgeschäftes in einem kausalen Irrtum

und kann dasselbe, weil der Irrtum auf einer Täuschung beruht, anfechten, obwohl es nur ein Irrtum im reinen Beweggrunde war (s. o. S. 65.).

Es wird allerdings zu einer Anfechtung des Erfüllungsgeschäftes wegen Täuschung beim obligatorischen nicht viel häufiger kommen als bei der Anfechtung wegen Irrtums und zwar aus denselben Gründen wie dort, wenn auch die Versäumung der Anfechtungsfrist bei ihrer längeren Dauer hier weniger droht.

## § 22.

### b) Schadensersatzpflicht

#### α) des Täuschenden.

Der Täuschende hat dem Geschädigten auch den diesem entstandenen Schaden zu ersetzen. Es wird dies nicht in einem besonderen Paragraphen bestimmt, sondern geht aus den Bestimmungen über unerlaubte Handlungen hervor. Als Verletzung eines Rechtes nach § 823 Abs. 1 ist die arglistige Täuschung wohl nie aufzufassen, wohl aber nach Abs. 2 als Verstoß gegen ein Schutzgesetz, wenn nämlich St. G. B. § 263 verletzt ist, stets aber nach § 826 B. G. B., denn eine arglistige Täuschung ist ihrem S. 58 definierten Begriffe nach stets eine gegen die guten Sitten verstoßende Handlung.

Aber auch in dem Falle, wenn der Täuschende vermöge seiner tiefen sittlichen Anschauungen und seiner falschen Begriffe von der guten Sitte seine Täuschung nicht für gegen die guten Sitten verstoßend

hielt, während dieselbe tatsächlich nach allgemeiner Anschauung mit derselben in Widerspruch stand, wird man dem Täuschenden, weil er gegen die guten Sitten gefehlt hat, eine Schadensersatzpflicht auferlegen müssen, während allerdings die Anfechtung ihm gegenüber nicht durchgreift. Es ist nicht zu verkennen, daß dieses Ergebnis wenig befriedigt. Praktisch wird es jedoch nicht leicht Schaden bereiten, denn der Schadensersatz wird in erster Linie die Rückgängigmachung des durch die Täuschung erzeugten Geschäftes zum Gegenstande haben. Nur insoweit ist der Getäuschte in diesem Falle schlechter daran, als wenn er anfechten kann, weil er hier auf obligatorische Ansprüche gegen den Täuschenden beschränkt ist, die naturgemäß leicht wertlos sein können, während er bei Zulässigkeit der Anfechtung unter Umständen (s. S. 45 f.) ein dingliches Recht an den nicht an Gutgläubige weiter veräußerten, ertrogenen Sachen hat, das ihm auch im Konkurse des Täuschenden ein Aussonderungsrecht gewährt.

Der Umfang der Schadensersatzpflicht ergibt sich aus B. G. B. § 249. Es muß hiernach der Zustand hergestellt werden, der bestehen würde, wenn der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand, hier also die Täuschung, nicht vorgefallen wäre. Es ist dies derselbe Begriff, den wir für den Schadensersatz gefunden haben, den der wegen Irrtums anfechtende Irrende zu leisten hat. Zu diesem Schaden gehört natürlich auch der sogenannte entgangene Gewinn, d. h. der Gewinn, den der Getäuschte vielleicht aus andern Geschäften

gehabt hätte, die er jedoch nicht abschloß, weil er das angefochtene abgeschlossen hatte. Dies zu bestimmen wäre, wie oben gezeigt, garnicht nötig gewesen, jedoch gewährt § 252 eine Beweiserleichterung, indem er einen möglichen Gewinn als entgangenen anzusehen anordnet, auch wenn es nicht beweisbar ist, daß der Getäuschte ihn gehabt hätte, wenn er nicht getäuscht worden wäre, sondern wenn er in diesem Falle nur mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte.

Zu dem entgangenen Gewinn gehört aber auch der Vorteil, den der Getäuschte aus dem Geschäft gehabt hätte, das er mit dem Täuschenden abgeschlossen hätte, wenn dieser ihn nicht durch die Täuschung zu einem andern Geschäft bewogen hätte. Läßt es sich also aus den früher zwischen den Parteien geschlossenen Geschäften oder irgend andern Umständen mit der nach § 252 erforderlichen Wahrscheinlichkeit entnehmen, daß ohne die Täuschung ein anderes, für den Getäuschten vielleicht vorteilhafteres Geschäft zustande gekommen wäre, hat etwa jemand eine in dem Schaufenster eines Ladens ausgestellte Sache kaufen wollen und ist ihm dann statt derer von dem Ladeninhaber unter betrügerischen Zusicherungen ein alter Ladenhüter aufgedrängt, so wird er, wenn er das Geschäft anficht, zum Schadensersatz die Lieferung des Gegenstandes verlangen können, den er ursprünglich hatte haben wollen, weil mit aller Wahrscheinlichkeit anzunehmen ist, daß der Ladeninhaber ihm auch diesen verkauft hätte, wenn er sich nicht hätte beschwatzen lassen, den andern zu nehmen.

Natürlich steht es dem Getäuschten frei, wenn es in seinem Interesse liegt, die Anfechtung zu unterlassen, auf Erfüllung des trügerischen Geschäftes zu dringen und bei Unmöglichkeit der Erfüllung das Erfüllungsinteresse zu verlangen. Es sind da verschiedene Möglichkeiten denkbar. Einmal kann der Täuschende den Andern durch Versprechen einer unmöglichen Leistung getäuscht haben, z. B. durch Versprechen der Leistung einer bestimmten Sache unter arglistiger Verschweigung untilgbarer Mängel oder trügerischer Zusicherung unbeschaffbarer Eigenschaften — dann ist die Leistung dieser Sache frei von den Mängeln bezw. mit den Eigenschaften unmöglich —; er hat dann nach § 307, der in der Fassung dieses Begriffes mit § 122 übereinstimmt, aus dem Vertrage nur das negative Geschäftsinteresse zu leisten. Er kann aber auch eine an sich mögliche Leistung in der nachher vollführten Absicht sie nicht zu leisten oder gar sie zu vereiteln versprochen haben; der in diesem Fall nach § 280 zu gewährende Schadensersatz bemißt sich in seinem Umfange auch nach § 249 wie der wegen der unerlaubten Handlung zu ersetzende, und man könnte deshalb meinen, er unterscheide sich nicht von diesem. Das wäre jedoch irrig. Es kommt darauf an, was man unter dem „zum Schadensersatz verpflichtenden Umstand“ in § 249 zu verstehen hat. Inbezug auf §§ 823 ff. ist dieser Umstand die unerlaubte Handlung selber, es ist also, wie schon ausgeführt, zu ersetzen, was da sein würde, wenn die ganze Handlung nicht vorgefallen wäre. Bezüglich § 280 aber ist

dieser Umstand die Tatsache, daß die Leistung unmöglich gemacht ist, es ist also zu leisten, wie wenn die Leistung möglich wäre, also ihr voller Wert zu ersetzen.

War die von dem Täuschenden versprochene Leistung von vornherein unmöglich, so wird er sich von dieser Art der Schadloshaltung nicht viel versprechen können, abgesehen davon, daß diese seine Stellung dadurch erleichtert, daß er nur den Geschäftsabschluß zu beweisen braucht; in dem Falle jedoch, daß die Leistung des Täuschenden noch möglich oder nachträglich von ihm unmöglich gemacht oder sonst unmöglich geworden ist, wird nicht nur prozessual seine Stellung bei dieser Art der Schadloshaltung verbessert, sondern er wird vielfach auch materiell durch dieselbe im Vorteil sein.

## § 23.

### β) des Geschäftsherrn des Täuschenden.

Wieweit muß aber der Geschäftsherr für die arglistige Täuschung seines Vertreters Schadensersatz leisten? R. G.[1]) führt aus, daß frühere Rechte eine weitgehende Haftung für arglistige Erklärungen gelegentlich des Geschäftsabschlusses anerkannt hätten. Diese gelegentlichen arglistigen Erklärungen stehen im Gegensatz zu den kurz vorher[2]) erwähnten vertragsmäßigen. Bei diesen zum Inhalt des Rechtsgeschäftes gewordenen täuschenden Angaben des Vertreters

[1]) a. a. O., S. 211. [2]) S. 210.

versteht sich eine Haftung des Vertretenen auf das Erfüllungsinteresse, wenn der Andere auf Erfüllung besteht, nach § 164 von selber. Ficht er jedoch an, so kann es, wie es nach der Fassung der Gründe in der angezogenen Entscheidung scheinen könnte, keinen Unterschied machen, ob die trügerische Behauptung zum Inhalt des Vertrages geworden war oder nicht, denn der Grund, auf den sich in diesem Fall die Schadensersatzpflicht stützt, der dolus malus der unerlaubten Handlung, liegt stets außerhalb des Geschäftes.

Das frühere Recht erkannte eine weitgehende Haftung des Vertretenen für Delikte seines Vertreters bei Vertragsschlüssen an. Code civil Art. 1384 Abs. 3 läßt den Vertretenen für unerlaubte Handlungen seines Vertreters schlechthin haften und gestattet einen Entlastungsbeweis in Abs. 5 nur in sehr eingeschränktem Maße. Demgemäß sind auch die Entscheidungen ausgefallen.[1])

Die römischen Juristen und die gemeinrechtliche Wissenschaft kennen, nachdem die actio noxalis, die eine grundsätzliche Haftung des Hausvaters für seine Gewaltuntergebenen aufgestellt hatte, tatsächlich veraltet war, grundsätzlich nur eine Haftung für eigenes Verschulden, also in allen Verhältnissen, vertraglich wie außervertraglich für culpa in eligendo et custodiendo. Dieser Grundsatz wird aber vielfach durchbrochen, so durch das receptum cauponum usw., die Haftung des

[1]) so R. O. H. G. 11., S. 90; R. G. 10., S. 286 f. u. 288.

conductor operis für seine Leute, die dann auf ähnliche Verhältnisse ausgedehnt wurde, und, was uns hier interessiert, durch die actio institoria, die nach römischer Anschauung, wie l. 5 § 8 D. 14. 3 ergibt, nicht nur bei unerlaubten Handlungen bei der Stellvertretung Anwendung fand, sondern auch bei Delikten, die gelegentlich der Ausführung aufgetragener tatsächlicher Verrichtungen begangen waren [1]).

In ausführlicher Zusammenstellung erleutert dies Dernburg in seinen Pandekten [2]), der diesen Grundsatz als gemeinrechtlich auch in seinem Bürgerlichen Recht [3]) betont. Ihn erkennen ferner an Wendt [4]), jedoch ohne Ausnahme für den conductor operis und unter Ablehnung einer modernen actio institoria [5]), und Brinz [6]), jedoch nur für vertragliches Verschulden; über die Zulassung der actio institoria bei unerlaubten Handlungen des Vertreters schweigt er, während er sie betreffs der von ihm geschlossenen Verträge behandelt [7]). Auch Wächter [8]) scheint nur eine Haftung aus Verträgen des Vertreters zu kennen. Windscheids Ansicht ist nicht recht zu ermitteln; bei der actio institoria [9]) spricht er nur von Verträgen, die der institor geschlossen hat, und die vom R. G. [10]) zitierte Stelle läßt nicht erkennen, ob die dort ausgesprochene Haftung für arglistiges Verschweigen des Vertreters sich nicht etwa auf das im vorigen Satze erwähnte A. D. H. G. B. stützen soll, und wenn das

[1]) Dagegen Mitteis, S. 288. [2]) II., S. 105 ff. [3]) II., Teil I., S. 155 f. [4]) S. 556 f. [5]) S. 121 u. 444. [6]) II., S. 277. [7]) II., S. 224 f. [8]) I., S. 407 ff. [9]) II., S. 1037 ff. [10]) N. F. 11., S. 211.

nicht, auf welche gemeinrechtliche Norm. Unkräftig sind allerdings auch die von den Motiven [1]) angeführten Windscheidschen Stellen [2]), denn dort ist lediglich der durch die actio institoria nicht abgeänderte allgemeine Grundsatz der Haftung nur für eigenes Verschulden zur Geltung gebracht.

Das A. D. H. G. B. Art. 52 läßt, wie wir gesehen haben, sämtliche Wirkungen des Geschäftes, so wie es von dem Vertreter geschlossen ist, im Vertretenen eintreten. Es könnte nun zweifelhaft sein, ob man es zu den Wirkungen eines Geschäftes rechnen soll, daß die eine Partei, weil sie die andere beim Abschluß des Geschäftes getäuscht oder bedroht hat, hierfür Schadensersatz leisten muß, weil der eigentliche Rechtsgrund für diese Schadensersatzpficht die unerlaubte Handlung ist. Ich glaube aber, man wird doch dazu kommen müssen, das Geschäft als Ursache des Schadensersatzanspruches zu betrachten, weil der Schaden nur vermöge des durch das Delikt hervorgerufenen Geschäftes aus der unerlaubten Handlung erwachsen ist, das Geschäft also mindestens eine Zwischenursache zu dem Schaden und also auch zu dem Schadensersatzanspruch ist. Der Vertretene mußte also nach A. D. H. G. B. Art. 52 auch für die von seinem Vertreter begangenen unerlaubten Handlungen Schadensersatz leisten; daß dieser selbst zu dessen Leistung verpflichtet war, ist eine andere Sache.

Diesen Standpunkt nimmt auf das allerent-

---

[1]) II., S. 738. [2]) II., S. 912, Anm. 12 und S. 919, Anm. 27a.

schiedenste auch das R. O. H. G. [1]) ein. Dort wird auseinandergesetzt, daß der Vertretene für das von seinem Vertreter abgeschlossene Geschäft einstehen müsse, als hätte er es selber geschlossen, und zwar nach gemeinem Recht und nach dem A. D. H. G. B. Nach römischem Recht würde er vermöge der actio institoria und verwandter Klagen wahlweise mit dem Vertreter gehaftet haben; dieses Wahlrecht entspräche der modernen Auffassung von der Stellvertretung nicht mehr, vielmehr müßte man nach dieser den Vertretenen aus dem Geschäfte allein haften lassen und ihm auch die Folgen der unerlaubten Handlungen des Vertreters aufbürden. Diese Grundsätze wären dann für das Gebiet des Handelsrechtes im A. D. H. G. B. Artt. 52, 298 zur allgemeinen Geltung gelangt; dies sei ganz entschieden, wie sich aus der Fassung des Art. 52 ergäbe, der Sinn und wie man aus seiner Vorgeschichte ersehen könne, die Absicht der Gesetzgeber gewesen [2]).

Auf demselben Standpunkt der unmittelbaren Stellvertretung steht bereits das A. L. R., doch finden wir in diesem ein Zurückgreifen auf den römischen Gesichtspunkt der Haftung für culpa in eligendo et custodiendo auch auf diesem Gebiet. Das A. L. R. bestimmt in Teil I. Titel 13 § 85, daß der Vollmachtgeber für das von dem Bevollmächtigten im Gebiete seiner Vollmacht geschlossene Geschäft so einstehen

[1]) 6., S. 404 ff. [2]) ebenso R. O. H. G. 15., S. 26 f., für das Handelsrecht R. G. 30., S. 45, für das gemeine Recht R. G. 14, S. 364, R. G. bei Bolze 16., S. 138, in neuester Zeit R. G. bei Seuffert 54, S. 267 und 315.

müsse, als hätte er es selber geschlossen, doch weist es selbst im Teil II. Titel 8 §§ 515, 553 für das Gebiet des Handelsrechtes auf die Einschränkung der unbedingten Haftung bis zum Maße des mitwirkenden eigenen Verschuldens hin, die es im Teil I. Titel 6 §§ 50, 52 f., 64 aufstellt. Man könnte daher mit einem argumentum a contrario annehmen, daß diese Einschränkungen auf anderen als auf handelsrechtlichem Gebiete keine Geltung gehabt habe, weil sie nur für dieses vorgeschrieben sei, doch ist der in Teil I. Titel 13 § 85 aufgestellte Grundsatz der Haftung nur für eigenes Verschulden ein so allgemeiner, auf alle unerlaubten Handlungen bezüglicher, daß ich in Teil II. Titel 8 §§ 515, 553 nur einen vorsichtshalber an geeigneter Stelle geschehenen Hinweis sehen, in ihnen aber eine Beschränkung des allgemeinen Grundsatzes nicht erblicken kann; so auch zwei Entscheidungen des Reichsgerichts [1]), das in der ersten ein mitwirkendes Verschulden des Vertretenen unbedingt fordert, und das in der zweiten den Vertreter nur „unter Umständen" verantwortlich macht, obwohl beide Fälle nicht auf handelsrechtlichem Gebiete liegen.

Eine in der mehrfach angeführten Reichsgerichtsentscheidung angezogene frühere Entscheidung [2]) spricht zwar ausdrücklich aus, daß nach A. L. R. der Vertretene für ein Verschulden seines Vertreters einzustehen habe, jedoch ist anzunehmen, daß hier nur der allgemeine Grundsatz ausgedrückt werden sollte, von dem die Einschränkung der Haftung für den gewillkürten

[1]) 14., S. 283 ff. u. 16., S. 403. [2]) 50., S. 283.

Vertreter eine hier — es handelt sich in diesem Fall um einen gesetzlichen — unbeachtliche und deswegen nicht ausgesprochene Ausnahme ist.

So gab es denn bis zum Inkrafttreten des B. G. B. und des neuen H. G. B. im Gebiete des A. L. R. eine Haftung für unerlaubte Handlungen des Vertreters, von der man sich durch den Nachweis des Mangels eigenen Verschuldens befreien konnte; ähnlich war es im Gebiete des Code civil, nur war der Entlastungsbeweis dort schwerer; im Gebiete des gemeinen Rechts bestand eine solche Haftung ohne Möglichkeit eines solchen Entlastungsbeweises, und für die dem Handelsrecht, auf dessen Gebiet die eigentliche Bedeutung der Frage liegt, angehörenden Tatbestände, galt im ganzen Deutschen Reich dasselbe wie im gemeinen Recht.

Es ist also von vornherein anzunehmen, daß das B. G. B. eine Haftung für unerlaubte Handlungen des Vertreters, ob mit oder ohne Entlastungsbeweis, aufstellen und dadurch jene alten für das Handelsrecht überaus wichtigen Bestimmungen nicht aufheben sondern zu allgemeinem Recht machen wollte. Die primäre Haftung für den Stellvertreter wäre aber aufgehoben gewesen, wenn das B. G. B. sie nicht aufgestellt hätte, denn die Bestimmung des Art. 52 A. D. H. G. B. findet sich im neuen H. G. B. nicht. Als Grundlage muß man m. E. § 164 B. G. B. ansehen, und zwar kommt man auf Grund dieses Paragraphen zu dem genannten Ergebnis durch dieselben Erwägungen, die für das Geltungsgebiet des A. D. H. G. B. auf Grund

der Artt. 52, 298 dazu führten, da § 164 Abs. 1 B. G. B. nur eine andere Fassung von A. D. H. G. B. Art. 52 Abs. 1 u. 2 darstellt.

Das B. G. B. stellt also ebenso wie das A. D. H. G. B. eine unbedingte Haftung für Verschulden des Vertreters auf, mildert diese jedoch wie das A. L. R. bis auf das Maß des eigenen mitwirkenden Verschuldens. Es ist nämlich, worauf schon die Motive [1]) hinweisen, diese Haftung eingeschränkt durch die Bestimmungen der §§ 711 f. E. I., jetzt § 831 B. G. B., welche bezüglich des gewillkürten Stellvertreters die Haftung für culpa in eligendo et custodiendo aufstellen. Allerdings macht B. G. B. § 831, den Eindruck, als ob er eine Bestimmung aufstelle, welche die Haftung für Verschulden von Angestellten durchaus selbständig regele. Das ist auch z. T. der Fall, nämlich insoweit die Haftung für solche mit einer Verrichtung Betraute in Betracht kommt, die keine Vertreter sind, also Gehülfen, Boten usw. In Bezug auf die Haftung für rechtsgeschäftliche Stellvertreter dagegen enthält der § 831 eine Beschränkung der weitergehenden Haftung aus § 164. Man wende nicht etwa ein, wenn § 831 nicht nur die Haftbarmachung für Stellvertreter abgrenze, sondern auch für die Haftbarmachung für die mit einer andern Verrichtung Betrauten das Maß aufstelle, so sei dies die allgemeine Bestimmung, die der besondere über die Haftbarmachung der Stellvertreter weichen müsse. Letztere Bestimmung ist die aus dem ganz allgemeinen Grundsatz der unmittelbaren Stellvertretung gezogene Folge,

[1]) I., S. 228.

insofern also jedenfalls eine lex generalis. Äußerlich bekundet sich dies schon dadurch, daß wir diese im Allgemeinen Teil, jene im besonderen, in dem Recht der Schuldverhältnisse finden.

Das Verhältnis hat sich also gegenüber dem gemeinen Recht gerade umgedreht. Hier die Haftung nur für das eigene mitwirkende Verschulden, verschärft durch die unbedingte Haftung für den institor, nach dem B. G. B. wie nach dem A. L. R. die grundsätzliche Anerkennung der unmittelbaren Stellvertretung mit voller Wirkung — nicht nur der rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen sondern auch der unerlaubten Handlungen des Vertreters — gegen den Vertretenen, aber eingeschränkt durch Zulassung eines weitgehenden Entlastungsbeweises in dem Sinne, daß nicht culpa in eligendo et custodiendo vorliegen darf.

Darüber, daß tatsächlich der Vertretene bei Betrügereien seines Vertreters nur bei eigener Mitschuld zum Schadensersatz verpflichtet sei, ist die Literatur sich einig; wie könnte sie anders bei dem zwingenden Wortlaut des Gesetzes und der klaren Sprache der Motive! Jedoch fand ich nirgends eine Andeutung über das Verhältnis von § 831 zu § 164, wie es sich seinem Wortlaut nach darstellt und wie man es aus früheren Rechten ableiten muß.

§ 24.

# Schluß.

## Das Verhältnis zwischen der Anfechtung wegen Irrtums und der wegen arglistiger Täuschung.

Zum Schlusse mag noch die Frage behandelt werden, wie sich die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung zu der wegen Irrtums verhält. Wie wir gesehen haben, läßt sich eine Willenserklärung nicht wegen jedes Irrtums anfechten, sondern nur, wenn der Irrtum auf ganz bestimmte Umstände Bezug hatte, dagegen ist es gleichgültig, worauf sich der durch die Täuschung erregte oder unterhaltene Irrtum bezog, wenn wegen dieser angefochten wird. Es kann dies ein Irrtum über den Inhalt der Erklärung oder in der Erklärungshandlung oder über verkehrswesentliche Eigenschaften der Person oder Sache sein, der also auch nach § 119 zur Anfechtung berechtigen würde, er kann sich aber auch auf eine durchaus verkehrsunwesentliche Eigenschaft beziehen, jedoch auch das ist nicht einmal erforderlich, er kann möglicherweise auf ganz beliebige zu der Willenserklärung in noch so fernem Zusammenhang stehenden Umstände Bezug haben; das Gesetz stellt, wenn nur die Täuschung bestimmend für den Entschluß des Getäuschten war, keine Schranken auf, vor allem knüpft es die Anfechtbarkeit nicht, wie beim einfachen Irrtum, an die Verneinung der Frage,

daß der Getäuschte die Erklärung auch bei Kenntnis der Sachlage und verständiger Würdigung des Falles abgegeben hätte, läßt also, weil der arglistig Täuschende durchaus keine Schonung verdient, den Anschauungen und Launen des Getäuschten freiesten Lauf.

In weitaus den meisten Fällen wird eine Täuschung allerdings nur über verkehrswesentliche Eigenschaften oder über den Inhalt der vom Gegner abzugebenden Erklärung oder zwecks Erzielung eines Irrtums in der Erklärungshandlung vorgenommen werden, und, weil es sich sonst nicht recht lohnt, wird ein solcher Irrtum erregt werden, ohne den der Getäuschte die Erklärung vernünftigerweise nicht abgegeben hätte; es wird also in den meisten Fällen der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung auch eine solche wegen Irrtums zulässig sein. Da ist es denn ganz verfehlt, wenn man wie Endemann[1]) die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung auf diejenigen Fälle des Irrtums im Beweggrunde beschränken will, die durch § 119 nicht geregelt sind, die andern jedoch sowie die Fälle des Irrtums über den Inhalt der Erklärung und in der Erklärungshandlung nur nach § 119 anfechten lassen will. Damit würde, wie man sieht, der § 123 fast alle Bedeutung verlieren und der Getäuschte würde der ihm bei der Anfechtung aus § 123 zustehenden Anfechtungsfrist von einem Jahre verlustig gehen, es sei denn, daß der in ihm erregte Irrtum ein nach vernünftiger Überlegung nicht wesentlicher war oder sich überhaupt nicht auf Eigenschaften der Person oder Sache bezog.

[1]) I., S. 313.

Daß in diesen seltenen Fällen, besonders da in dem ersteren die sittliche Schuld des Täuschenden eine geringere sein wird, während der unvernünftige Getäuschte doch keineswegs als so ganz besonders schutzwürdig angesehen werden kann, dessen Rechtsstellung eine so viel bessere sein soll als die desjenigen Getäuschten, der auch, und nach Endemann ausschließlich, wegen Irrtums anfechten kann, erscheint unmöglich. Nimmt man hinzu, daß der wegen Irrtums Anfechtende nach § 122 Schadensersatz leisten muß, während der wegen Täuschung Anfechtende Anspruch auf solchen hat, so ergibt sich wohl die Unhaltbarkeit von Endemanns Ansicht von selber. Die Stelle aus den Motiven[1]), auf die sich Endemann stützt, ist durchaus unkräftig. Dort wird allerdings nur eine Täuschung, die einen Irrtum im Beweggrunde hervorruft, als Anfechtungsgrund zugelassen; das kommt aber davon, daß eine Täuschung, die einen den Willen ausschließenden Irrtum erzeugt, schon aus E. I. § 98 die hierdurch hervorgerufene Willenserklärung nichtig machte, sodaß für die Anfechtung keine Möglichkeit mehr blieb[2]).

[1]) I., S. 208. [2]) so Steinberg, S. 29 f.

## Lebenslauf und Bildungsgang.

Am 27. September 1882 wurde ich in Rostock als Sohn des Geh. Medizinalrats Professor Dr. Friedrich Schatz und seiner Gattin Eleanor, geb. Barwasser, geboren. Meine Schulbildung erhielt ich auf dem Gymnasium meiner Vaterstadt, das ich Ostern 1903 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Ich besuchte sodann die Universitäten München, Berlin und Rostock, und zwar München von Ostern 1903 bis dahin 1904, Rostock von Ostern bis Michaelis 1904, Berlin von Michaelis 1904 bis Ostern 1905 und wiederum Rostock von Ostern 1905 bis dahin 1906; ich erbat Ostern 1906 meine schriftliche Arbeit zum Referendarexamen und wurde auf Grund desselben zur mündlichen Prüfung zugelassen, die ich am 15. Oktober 1906 bestand. Am 29. Oktober wurde ich dem Amtsgericht meiner Heimatstadt zur Beschäftigung überwiesen und am selben Tage des Jahres 1907 dem Landgericht dortselbst.